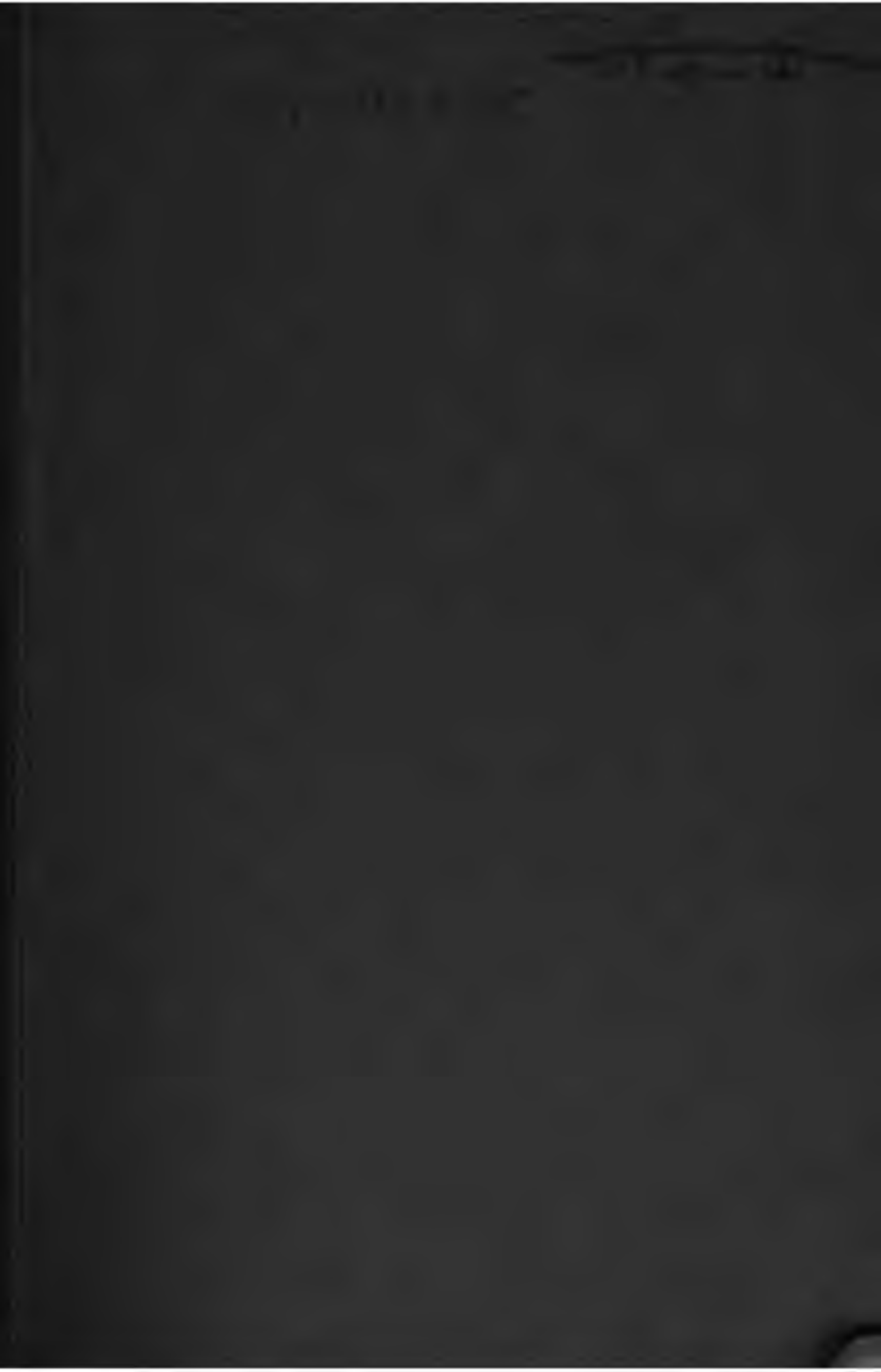
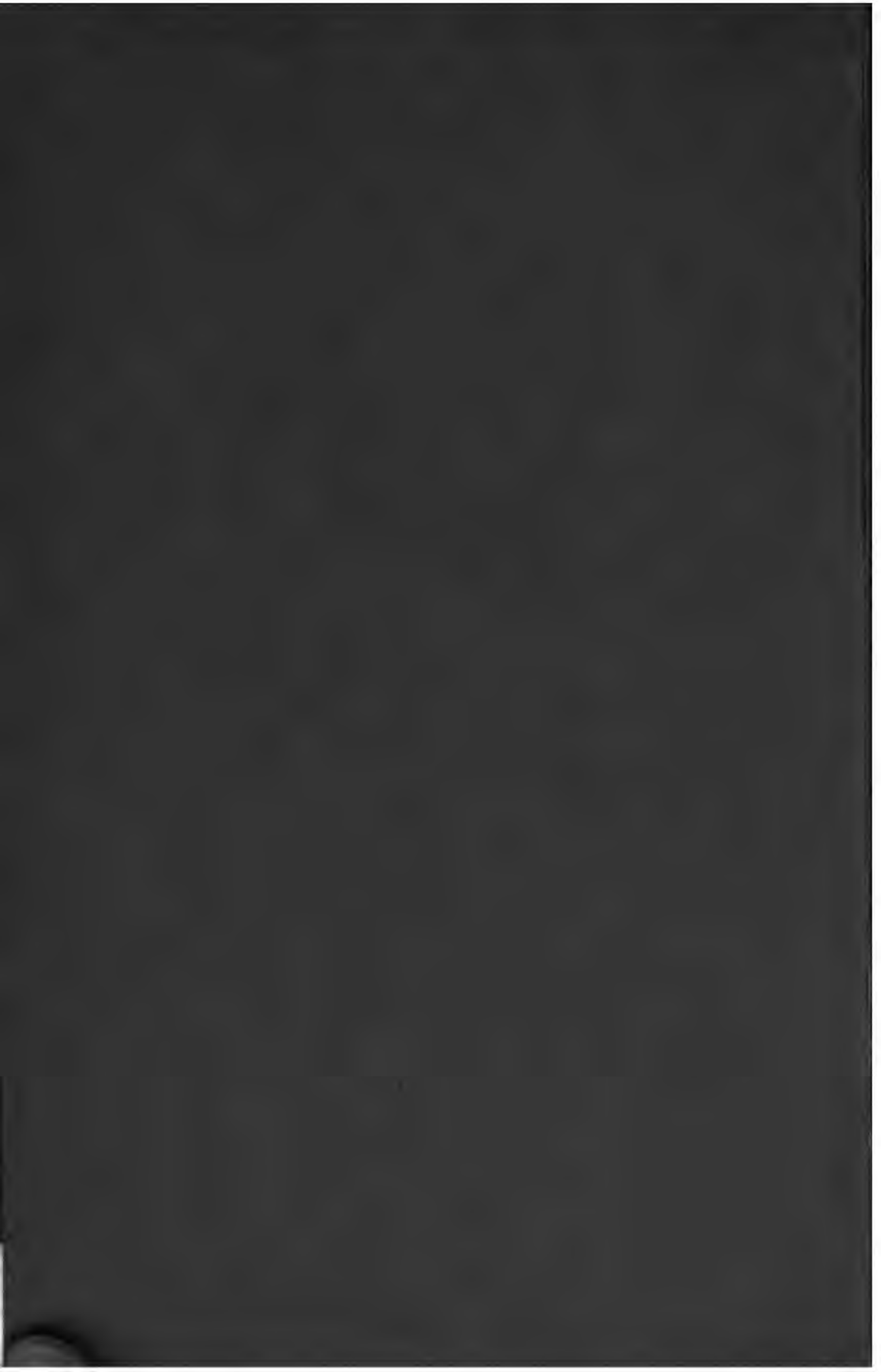

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE





Geschichte

der

capitis deminutio

von

Hugo Krüger,

Dr. jur.

Erster Band.

Zugleich

eine Neubearbeitung des Legisactionsrechtes.

BRESLAU.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1887.

Geschichte

der

capitis deminutio

von

Hugo Krüger,
Dr. jur.

Erster Band.

Zugleich

eine Neubearbeitung des Legisactionsrechtes.

BRESLAU.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1887.

Inhalt.

Erstes Buch.

Geschichte des Institutes der capitis deminutio.

Erster Abschnitt.

Geschichte der cap. dem. minima.

Erstes Buch.

Geschichte des Institutes der capitis deminutio.

§ 1.

Stand der Frage und Feststellung der Aufgabe.

Die Dogmatik der cap. dem. des classischen Rechtes und insbesondere der cap. dem. minima enthält manche offensichtliche Schwierigkeiten, Zweifel und Räthsel, deren Beseitigung und Lösung der Gegenstand vieler Versuche gewesen ist, welche zwar eine Menge der verschiedensten Ansichten über das Wesen des Institutes hervorgerufen haben, ohne dass es aber auch nur einer einzigen gelungen wäre, das Dunkel, welches über ihm ausgebreitet liegt, zu lichten. Bis jetzt kann keine Ansicht den Anspruch erheben, als die herrschende zu gelten. Wenn Huschke [1]) vor langen Jahren die ganze Lehre von der cap. dem. minima eine noch so sehr im Argen liegende genannt hat, so gilt leider dies Wort noch heute, und so kann denn die Arbeit des Suchens nach dem wahren Begriffe der cap. dem. noch nicht aufgegeben werden. Der Grund, aus welchem eine befriedigende Lösung des Räthsels immer noch nicht gefunden worden ist, ist nun neuerdings von manchen Seiten richtig darin erkannt worden, dass man bislang die Schwierigkeiten lediglich auf dogmatischem Wege wegräumen zu können vermeint hat, während ein tieferes Eindringen in die Dogmatik unseres Institutes zeigt, dass dieser Weg nicht zum Ziele führen kann. Man hat daher die Forschung auf den historischen Weg mit vollem Rechte verwiesen. In dieser Richtung sind nun

---

[1]) Studien I S. 221.

allerdings bereits einige Ansätze gemacht; aber über blosse Vermuthungen ist man nur wenig hinausgekommen. Cohn[2]) hat zuerst eine feste Operationsbasis gewonnen; aber er hat diesen Vortheil nur wenig verwerthet. So fehlt denn noch viel an einer wohlbegründeten und consequent durchgeführten historischen Entwicklung der cap. dem. Freilich die römischen Juristen haben uns von einer solchen wenig oder gar nichts überliefert; die classischen Juristen, unsere Haupterkenntnissquelle des alten Rechtes, wussten selbst nichts mehr von den Ausgängen und Anfängen, wie überhaupt von einer Geschichte des Institutes. Das beweisen am besten die Institutionen des Gajus. Erklärt dieser Umstand die späte Erkenntniss, dass nur von einer geschichtlichen Untersuchung eine Klärung des Rechtes der cap. dem. zu erwarten ist, und ist die Aufgabe derselben um so schwieriger, als wir darauf angewiesen sind, durch blosse Rückschlüsse aus den spärlichen Resten, welche uns die classische Jurisprudenz und überhaupt die römische Litteratur erhalten hat, den Gang der historischen Entwicklung zu reproduciren, so dürfen wir doch nicht auf ihre Lösung verzichten, wollen wir endlich einmal zur richtigen Erkenntniss des Dogmas gelangen. Wenn ich mich dieser Aufgabe im Folgenden unterziehe, so darf ich von Anfang an bei der Schwierigkeit derselben auf Nachsicht hoffen; es wird mir genügen, wenn ich den leitenden Grundgedanken richtig erfasst habe.

Es fragt sich zunächst, innerhalb welcher Grenzen eine geschichtliche Entwicklung anzunehmen ist, und in welcher Gestaltung die Anfänge des Institutes zu erblicken sind. Es sind darüber in der Hauptsache zwei Ansichten geäussert worden. Für beide liegt, wie natürlich, der Ausgangspunkt in der feststehenden Thatsache, dass nach classischem Rechte drei Klassen der cap. dem. unterschieden werden, welche regelmässig mit dem Namen der cap. dem. maxima, media und minima bezeichnet werden. Die eine Ansicht nun hält diese Classification für ursprünglich, die andere sieht gerade in ihr das Endresultat einer vorhergehenden Entwicklung.

---

[2]) Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts. Heft 2. S. 387 ff. Ich citire dieses Werk im Folgenden nur mit dem Namen des Verfassers.

Was zuvörderst diese letztere Ansicht betrifft, so sind innerhalb derselben zwei Richtungen zu unterscheiden. Nach der einen Richtung hat es von Anfang an zwei Klassen der cap. dem. gegeben, indem die beiden höheren Klassen derselben, die maxima und media, zusammen nur eine Klasse unter dem Namen die cap. dem. magna bildeten, so dass die dritte Klasse, die minima, den zweiten Platz einnahm und in solcher Stellung den Namen cap. dem. minor führte. Später ward die magna in zwei Klassen geschieden. Dies ist die Lehre von Voigt.[3]) Die andere Richtung nimmt nicht blos diese Entwicklung der cap. dem. an, sondern geht noch einen Schritt weiter, indem sie das ganze Institut der cap. dem. aus einer der beiden genannten Klassen, nämlich der cap. dem. minor, hervorgehen lässt. Zwei Stadien der Entwicklung sind darnach zu unterscheiden, bis die cap. dem. die Gestalt erhielt, in welcher sie uns in der Dreitheilung entgegentritt. Vertreter dieser letzteren, die historische Entwicklung am weitesten ausdehnenden, das ursprüngliche Gebiet der cap. dem. am engsten fassenden Ansicht ist Cohn S. 387, 396 und, wie es scheint, Lange.[4])

Die zweite Hauptansicht, welche alle übrigen modernen Schriftsteller vertreten, soweit sie überhaupt eine historische Entwicklung annehmen, hält die dreifache Eintheilung der cap. dem. für urwüchsig; nach ihr ist in dem Umfange des Gebietes der cap. dem. gar keine Veränderung eingetreten, sondern nur in dem generellen Begriff der cap. dem., ihrem Grundgedanken, ihrem Principe, wie es für alle drei Klassen der cap. dem. ursprünglich in einheitlicher Weise massgebend war. Da dieses Princip sich in die cap. dem. maxima und media stets unverändert erhalten haben soll, dagegen in der cap. dem. minima im Laufe der Zeit sich verloren haben soll, so beschäftigt sich diese Ansicht nur mit der Frage nach der Geschichte der cap. dem. minima.

Nach meiner Meinung liegt in beiden Hauptansichten ein Wahres. Das ganze Institut der cap. dem. hat eine geschichtliche Entwicklung durchgemacht, dergestalt, dass das ursprüngliche Gebild derselben in der cap. dem. minima zu erblicken ist,

---

[3]) XII Tafeln II § 73 S. 29.

[4]) Röm. Alterth. I § 39.

dass in einem späteren Stadium zu dieser die cap. dem. magna hinzutrat, und dass endlich in dem letzten Entwicklungstadium die cap. dem. magna sich in zwei selbständige Klassen mit besonderen Criterien schied. Neben dieser Entwicklung im Ganzen und Grossen geht noch eine eigene innere Entwicklung der cap. dem. minima und ihres Begriffes nebenher, deren verschiedene Stufen sich noch erkennen lassen. Hingegen war die cap. dem. magna von Anfang an ein fertiges, abgeschlossenes, nicht weiter entwicklungsfähiges Begriffsganzes, nur dass sich eben innerhalb ihres Gebietes eine äussere Scheidung vollzog.

Zwei Hauptabschnitte ergeben sich hiernach für meine Darstellung der Geschichte der cap. dem. Der erste wird sich mit der Geschichte der cap. dem. minima zu beschäftigen haben; in ihm wird der Nachweis zu führen sein, dass das Institut der cap. dem. mit der im späteren classischen Rechte sog. minima ins Leben trat, und daran wird sich die Bestimmung des ursprünglichen Begriffes der cap. dem. minima und die weitere Entwicklung desselben bis in das spätere classische Recht hinunter reihen; zum Schlusse soll noch ein Blick auf das justinianische Recht der cap. dem. minima geworfen werden. Im zweiten Hauptabschnitte wird zu zeigen sein, zunächst, dass die dichotomische Classification der Fälle oder Thatbestände der cap. dem. die ältere, die trichotomische die jüngere ist, sodann wie sich die cap. dem. magna begrifflich aus der ursprünglichen minima ergab, und welcher Begriff ihr eigen ist, und schliesslich, nach welchem Criterium die cap. dem. magna in die beiden besonderen Klassen der cap. dem. maxima und media sich auflöste.

Erster Abschnitt.

Geschichte der cap. dem. minima.

§ 2.

Die cap. dem. minima als das ursprüngliche Gebiet der cap. dem.

Die Ansicht, dass die cap. dem. minima das ursprüngliche Anwendungsgebiet der cap. dem. darstellt, ist nach obiger Uebersicht bisher nur von Wenigen geäussert und vertreten worden, nämlich von Lange, Pernice und Cohn. Alle drei kommen von verschiedenen Ausgangspunkten zu demselben Ergebniss.

Lange[1]) verlegt die Entstehung der cap. dem. in die patriarchalische Zeit, in welcher es nur Familien und erweiterte Familien gegeben habe. Hier sei die familiae mutatio, durch welchen Ausdruck die römischen Juristen die cap. dem. minima definiren, in der That eine cap. dem. gewesen, weil der Austritt aus einer Familie stets ein Aufhören der Rechtsfähigkeit innerhalb der Rechtssphäre dieser Familie, ihres Agnatenkreises und eventuell ihrer gens sei; was ausserhalb dieses Kreises aus dem Austretenden werde, sei dem Kreise ebenso gleichgiltig, wie dem Staate das Schicksal eines Verbannten. Mit dem späteren Zusammenschlusse der einzelnen gentes zur Staatseinheit sei die familienrechtliche cap. dem. auf den als eine Familie gedachten Staat übertragen und so die cap. dem. media entstanden; zuletzt habe sich unter dem Einflusse des jus gentium die cap. dem. maxima gebildet. Allein dies ist doch eine blosse Idee, welcher es an festem Boden mangelt. Es ist ganz unwahrscheinlich, dass die cap. dem. ein vorstaatliches Gebilde sei; man sieht es dem Ausdrucke an, dass er von Anfang an einen specifisch römisch-rechtlichen Begriff vertreten habe, und es wird sich später in der That zeigen, dass er ein Product des jus civile war und vor Allem gerade auf die Patricier, die Gründer und ersten Glieder des römischen Staates, von

---

[1]) Röm. Alterthüm. I § 39.

Vornherein nicht passte. Doch hat Lange in Puchta einen Anhänger gefunden, und ich werde bei der Besprechung der Ansicht dieses Schriftstellers noch einmal hierauf zurückkommen.

Pernice[2]) gelangt zu seiner Ansicht ebenfalls auf speculativem Wege; aber auf diesem vermögen wir ihm zu folgen. Er macht mit vollem Rechte geltend, dass „die Verwandlung eines römischen Bürgers in einen im Rechtssinne Fremden als cap. dim. zu bezeichnen und zu behandeln, eigentlich gar kein juristisches Interesse hat. Ein solches entsteht erst, wenn neben die cap. dim. magna die cap. dim. minima tritt[3])." Wenn wir dies dahin ergänzen, dass solche Behandlung vom Standpunkte des jus civile aus gleichgiltig und überflüssig ist, weil dieses an der civitatis amissio seine Grenze fand, so können wir uns Pernice vollkommen anschliessen. Wir können den Gedanken von Pernice in Folgendem verdeutlichen und vervollständigen. Unter den für alle drei Klassen der cap. dem. geltenden Rechtssätzen, aus denen man einen allgemeinen Theil der Lehre von der cap. dem. construiren könnte, giebt es solche, welche sich aus den Momenten, in welche die classischen Juristen das Wesen der einzelnen Klassen setzen, ohne Weiteres erklären lassen, so z. B. die Sätze, dass der Minuirte aus seiner bisherigen civilen Familie ausscheidet und daher die aus der Zugehörigkeit zu derselben hervorgehenden Rechte verliert, oder dass sein vorher errichtetes Testament, natürlich vorausgesetzt, dass er zur Errichtung überhaupt fähig war, ungiltig wird. Es gehören dahin aber auch solche Rechtssätze, z. B. dass die höchstpersönlichen Rechte, oder dass die Contractsschulden nach jus civile untergehen, wie überhaupt die Vergleichung der cap. dem. minima mit dem Tode, deren Rechtfertigung zwar für cap. dem. maxima und media in der civitatis amissio liegt, für cap. dem. minima aber keineswegs in der familiae mutatio, sondern einzig und allein darin gefunden werden kann, dass sie eben eine cap. dem. ist. Bei der cap. dem. magna ist also die Qualificirung als cap. dem. nur eine

---

2) Labes S. 173.

3) Es ist dies ein Anklang an Böcking Pand. § 58, welcher in allen drei Klassen der cap. dem. nur eine auf verschiedene Weise sich vollziehende Zerstörung der Familienzugehörigkeit erblickt.

äussere Zuthat, welche zu dem Begriffe der civitatis amissio selbst nichts Neues hinzufügt, vom Begriffe nicht erfordert wird und daher ganz unterbleiben kann. Das Wesen derjenigen familiae mutatio aber, welche cap. dem. ist, hängt nothwendig mit solcher Qualification als cap. dem. zusammen und bestimmt erst ihren Begriff. Im ersten Falle ist die cap. dem. an sich ein leerer Begriff, ein hohles Wort; im letzteren Falle ist sie ein eigener, specifischer Begriff. Dass die letztere Function des Ausdruckes die ursprüngliche ist, dass derselbe einem Bedürfnisse, nicht einer Laune sein Dasein verdankt, ist klar.

Wenn Pernice, trotzdem sein Argument ein vollberechtigtes ist, mit seiner Ansicht isolirt geblieben ist, so liegt der Grund dafür wohl hauptsächlich darin, dass dieses einzige und zumal bloss innere Argument nicht als voller Beweis betrachtet werde. Dieser muss nun aber vollends als geführt gelten, seitdem Cohn S. 388 auf die höchst interessante Thatsache aufmerksam gemacht hat, dass die ältesten Quellen, wenn sie von der cap. dem. schlechthin, d. h. ohne einen auf eine Classification hindeutenden Zusatz zu machen, sprechen, darunter übereinstimmend nur die cap. dem. minima verstehen. Wenn freilich Cohn von diesen Quellen nur Cicero und das in L. 2 § 1 D. de cap. min. 4, 5 erwähnte prätorische Edict anführt, so hat er das uns zur Bekundung dieser Thatsache zu Gebote stehende Material nicht erschöpft. Es giebt noch eine Anzahl von Zeugnissen aus der späteren juristischen und Profanlitteratur der Römer, welche zwar bisher in der Lehre von der cap. dem. ebenfalls Verwendung gefunden haben und daher nicht unbekannt sind, welche aber auf ihre Bedeutung für unsern Zweck hin noch nicht geprüft worden sind; eine richtige Würdigung aber ihres Inhaltes wird, hoffe ich, ihre Hierhergehörigkeit ergeben und zugleich werthvolle Aufschlüsse und Beiträge für die Geschichte der cap. dem. liefern. Ich beginne mit den Zeugnissen der juristischen Litteratur, zu welchen ich auch die Ciceronianischen Stellen rechne, und von diesen zuerst mit dem genannten praetorischen Edicte. Es führte die Restitution der Klagen gegen die capite deminuti deminutae ein, wie es in seinem Wortlaute heisst. Dass aber der Prätor, der dieses Edict zuerst erlassen hat, nur die Fälle der cap. dem. minima im Auge gehabt hat, und dass es auch nachher immer auf diese beschränkt blieb,

ist in L. 2 pr. und L. 7 § 2 § 3 D. ibid. unzweideutig ausgesprochen (s. Cohn S. 307, 308) und wird überdies noch durch Gajus III, 84 und IV, 38 und 80 bestätigt. In den Fällen der cap. dem. maxima und media, sagt Ulpian in L. 2 pr. cit. ausdrücklich, cessirt obiges Edict. Allerdings hat auch in diesen das Recht den Gläubigern Restitution ihrer Klagen nach Analogie der durch das in Rede stehende Edict eingeführten Klagenrestitution eingeräumt, indem es an Stelle der untergegangenen civilen actio gegen den Schuldner eine actio utilis gegen die Universalsuccessoren desselben, dominus oder fiscus, gewährte. Aber diese actio utilis war, obgleich sich sachlich der im Falle der cap. dem. minima zustehenden nähernd, doch formell eine ganz andere, weil sie auf eine selbständige Quelle zurückging; es wäre durchaus falsch und quellenwidrig, wollte man beide identificiren, sei es nun, dass man meinte, jenes Edict habe sich von Anfang an, gemäss der vermeintlichen Unbeschränktheit des Ausdruckes cap. dem., auf alle drei Klassen derselben bezogen, sei es auch, dass man spätere Erstreckung des ursprünglich nur auf die cap. dem. minima zugeschnittenen Edictes auf die andern beiden Klassen annimmt. Trotzdem nun Voigt[4]) dies Alles zugiebt, so glaubt er doch in einem einzigen singulären Falle eine Ausnahme statuiren zu müssen. Er behauptet nämlich Nichtzuständigkeit der für die cap. dem. maxima und media eingeführten besonderen actio utilis und dagegen Zuständigkeit des Edictes der L. 2 § 1 cit. in dem Falle der civitatis amissio unter der Voraussetzung, dass dieselbe nicht zugleich von der Vermögensconfiscation begleitet ist und es sich um Verbindlichkeiten juris civilis handelt. Allein vor allen Dingen ist es mir ganz unwahrscheinlich, dass solcher Fall überhaupt jemals vorgekommen ist, sowie dass er auch nur in der Theorie möglich wäre. Schon in der ältesten Zeit kam die sacrale consecratio bonorum nie allein, sondern stets in Verbindung mit der execratio capitis vor, und als später an deren Stelle die weltliche aquae et ignis interdictio und schliesslich in der Kaiserzeit neben sie die deportatio trat, war die publicatio bonorum regelmässig eine ipso jure eintretende Rechtsfolge der Capitalstrafe. Sollte nun aber wirklich

---

[4]) Jus naturale Bd. III S. 685—687.

einmal ausnahmsweise im Falle der cap. dem. media die publicatio bonorum nicht zur Ausführung gelangt sein, so könnte dies doch nur so zu verstehen sein, dass der deportatus, um der Kürze halber diesen Namen für jeden, welcher mit dem Verluste der civitas bestraft wird, zu gebrauchen, seine bona nicht ohne Weiteres behielt, sondern dass zunächst die nothwendige Rechtsfolge der Capitalstrafe, Uebergang der bona auf den Fiscus, eintrat, und dass alsdann eine gnadenweise Restitution des Vermögens, ein reciperare bona stattfand. Nun lesen wir aber im Tit. Dig. 48, 23: de sententiam passis et restitutis, insbesondere in L. 2 und L. 3, von einer doppelten Art der Restitution: entweder wurde dem Verurtheilten eine restitutio dignitatis, wozu auch die restitutio civitatis gehört, allein zu Theil, ohne dass er seine bona reciperavit, oder aber er erhielt auch ausserdem diese zurück: eine restitutio minus plena oder plena. Von dem Voigt'schen Falle aber, dass der deportatus nur sein Vermögen zurückerhielt, ohne gleichzeitige restitutio dignitatis, steht nirgends etwas, weder in diesem Titel, der sedes materiae, bei deren Darstellung es doch unbedingt zu erwarten wäre, noch in irgend einer anderen Quelle. Zwar führt Voigt (a. a. O. S. 687 N. 1143) ein directes Zeugniss dafür in der L. 14 § 3 D. 48, 22 an; allein, genauer besehen, gehört sie gar nicht hierher.[5]) Die bona, welche Ulpian hier im Sinne hat, sind nicht die vor und zur Zeit der Verurtheilung vorhandenen, welche später dem deportatus restituirt worden wären, — sonst hätte die Stelle besser in den folgenden Titel gepasst — sondern wie die folgende L. 15 von Marcian beweist, die postea quaesita, d. h. diejenigen, welche der deportatus nach seiner Verurtheilung und civitatis amissio erst wieder erworben hat. Diese postea adquisita bona haften nun den alten Gläubigern (ex ante gesto) keineswegs;[6]) denn die alten Schulden sind ja mit dem Vermögen im Ganzen auf den Fiscus übergegangen; wohl aber haften sie den neuen

---

[5]) Zur Vergleichung zieht Voigt noch an: L. 19, D. 45, 22 und Paulus S. R. I, 7, 2. Allein die erstere Stelle besagt so, wie sie lautet, etwas Unverständliches und entschieden Falsches (s. die Mommsen'sche Conjectur dazu) und überdies handelt sie nicht von den bona restituta; die Paulusstelle aber deutet den Voigt'schen Fall mit keinem Worte an.

[6]) arg. L. 2, L. 3 D. 48, 23.

Gläubigern (ex post facto), welche erst nach der Verurtheilung des deportatus mit ihm bona fide contrahirt haben, so zwar, dass ihre Forderungen im Falle des Todes des deportatus als Nachlassschulden auf dem neu erworbenen Vermögen lasten und sie daher der Fiscus, an welchen dasselbe als nothwendig vacans, erbloses Vermögen fällt[7]), bezahlen muss, oder aber dass die neuen Gläubiger in bona mittirt werden, ihr Recht also dem Fiscus, wie es natürlich ist, vorgeht.[8]) Wenn daher Ulpian in der von Voigt angezogenen L. 14 § 3 von den bona postea adquisita spricht, so versteht er auch unter dem creditor den ex post facto, und wenn dieser seine Klagen aus dem civilen Rechtsgeschäfte, auf welches er sich irrthümlicher Weise, bona fide, mit dem deportatus eingelassen hat, nur als actiones utiles geltend machen kann, so steht diese Utilität natürlich in gar keinem Zusammenhange mit der Klagerestitution rescissa cap. dem., welche sich ja auf die vor der cap. dem. entstandenen actiones bezieht, sondern sie hat ihren Grund darin, dass der deportatus Peregrine ist, und dass daher in das Formular der gegen ihn anhängig zu machenden civilen Klagen die fictio: si civis Romanus esset aufgenommen werden muss, während die Klagen des jus gentium als directae gegen ihn als eine persona juris gentium zustehen. Entfällt demnach Voigt für den von ihm aufgestellten Fall jedes positive Zeugniss, so hat nun andererseits Cohn S. 238 die Ansicht geäussert, dass in der vorclassischen Zeit mit der Interdiction gar nicht nothwendig Verlust der Activa oder wenigstens sämmtlicher Activa verbunden gewesen wäre, und dass auch in der classischen Zeit unter Umständen dem wegen Capitalverbrechens Verurtheilten das Vermögen belassen worden sei, ja dass Trajan die Confiscation des Vermögens ganz abgeschafft habe. Für den ersteren Punkt aber liegt kein ausreichender Beweis vor; in dem Falle des Milo hat nach der gangbaren Ansicht Vermögensverlust stattgefunden, und wenn Cicero nach Sueton Caes. 42 sagt: integris patrimoniis exulabant, so kann sich dies sehr wohl auf voluntarium exilium bezogen haben, welchem keine aquae et ignis interdictio nachgefolgt war. Die Reform

[7]) L. 7 § 5 D. 48, 20.

[8]) L. 15 D. cit. 48, 22.

sodann des Caesar und das spätere Kaiserrecht, nach welchem unter gewissen Voraussetzungen nur ein Theil des Vermögens publicirt ward, hat Cohn ganz missverstanden. Den nicht publicirten Theil des Vermögens behielt nämlich nach Kaiserrecht nicht etwa der Bestrafte, sondern er fiel an seine Kinder, wie dies aus Tac. Ann. 3, 23; 4, 20 und 13, 43 bestimmt hervorgeht und auch durch sonstige Nachrichten und Gesetze bestätigt wird.[9]) Dies war vermuthlich auch der Sinn der von Sueton Caes. 42 referirten Bestimmung Caesars und der von Dio Cass. 56, 27 überlieferten Verordnung des Augustus. Freilich scheint die Gesetzgebung und Praxis hier häufig gewechselt zu haben; doch thut dies nichts zur Sache. Denn das sollte jedenfalls als feststehend angesehen werden, dass der Verurtheilte selbst nichts von seinem verwirkten Vermögen behielt.[10]) Was endlich Trajans Verordnung in L. 1 D. 48, 22 betrifft, so ist es von Cohn reine Willkür, unter den relegati die Interdicirten zu verstehen; denn auch im späteren Rechte konnte bei Relegation auf Lebenszeit auf Verlust eines Theiles des Vermögens erkannt werden,[11]) und was Trajan als Missbrauch ansah, war später unter den angegebenen Voraussetzungen ein gar nicht seltener Gebrauch, so dass Trajans Verordnung keine nachhaltige Wirkung gehabt haben kann. Somit ergiebt sich denn die Nichtexistenz des von Voigt gesetzten Falles, mit welchem er nur sich und Anderen unnöthige Schwierigkeiten gemacht hat, und die von ihm behauptete Zuständigkeit des praetorischen Edictes über die Klagenrestitution rescissa cap. dem. zerfällt in Nichts. Sollte aber doch ja der Fall vorgekommen sein, so hätte es m. E. für ihn nicht einer Klagenrestitution, zumal nicht auf Grund eines oder dieses Edictes, bedürft, sondern die alten civilen Klagen wären ebenso wie die ex jure gentium zuständig geblieben, nur freilich hätten erstere utiliter mit der fictio: si civis Romanus esset angestellt werden müssen. Dies rechtfertigt sich durch die

---

9) s. Walter. Röm. Rechtsg. § 824 N. 74.

10) Was von Appian b. c. 2, 24 zu halten ist, steht bei der Kürze des Berichtes dahin, beweiskräftig könnte diese einzige Stelle eines Laien keineswegs sein.

11) s. Walter § 825 N. 99—101.

Erwägung, dass, falls der deportatus bloss hinsichtlich der dignitas restituirt ward, die alten Gläubiger sich an ihn nicht halten konnten, dass aber, wenn er auch gleichzeitig seine bona zurückerhielt, die alten Klagen sofort wieder auflebten und als directae zuständig waren, also die Restitution der bona allein das Wiederaufleben der alten Klagen bewirkte.[12]) Dies ist das Princip auch für unsern Fall. Natürlich, wenn sie im Falle gleichzeitiger restitutio dignitatis als directae zuständig sind, müssen sie ohne diese nur als utiles zuständig sein, eben wegen der Nothwendigkeit der angegebenen Fiction. Denn dass den Prätor nichts hinderte, auch ohne edictmässige Festsetzung, welche für diesen, wenn vorhandenen, so doch höchst singulären Fall nicht wahrscheinlich ist, bei geeignetem Anlasse eine actio ficticia zu geben, ist zweifellos.[13])

Darnach ist die durch Voigt veranlasste Frage nach zwei Möglichkeiten hin erledigt. Recht hat Voigt mit der Behauptung, dass in seinem Falle die actio utilis der L 7 § 2, § 3 D. 4, 5, nicht am Platze wäre; denn diese geht ja ad eos, ad quos bona pervenerunt, d. h. gegen die Universalsuccessoren des des Bürgerrechtes Beraubten, nicht gegen ihn selbst; Unrecht aber hat er, wenn er daraus schliesst, dass nun die actio utilis der L 2 § 1 D. ibid., d. h. aus unserem Edikte zuständig sein müsse, als ob nur diese einzige Möglichkeit übrig bliebe. Sie kann nicht zuständig sein, weil sie Ulpian und Paulus für die cap. dem. media ausnahms- und bedingungslos ausschliessen, und weil es obenein nicht denkbar ist, dass der Prätor einen so seltenen und vereinzelten Fall neben dem ganzen grossen Gebiete der cap. dem. minima im Auge gehabt habe. Mit der Berufung auf die vermeintliche Unbeschränktheit des Ausdruckes cap. dem. im Edicte, durch welche sich Voigt zum Theil zu seiner Ansicht verleiten liess, beweist er sicher zu viel und widerlegt sich selbst; denn trotz der Unbeschränktheit des Ausdruckes soll ja auch nach Voigt das Edict nur auf eine Art und einen speciellen Fall der cap. dem. beschränkt sein. Der Ausdruck ist gewiss unbeschränkt, aber nicht in dem Sinne der späteren classischen Jurisprudenz; er bedeutet im Munde des Prätors

12) L. 2, L. 3 D. 48, 23.

13) Keller röm. Civilpr. § 31.

nur die cap. dem. minima und erheischt daher keine Beschränkung, wie sie wohl nach späterem Rechte nöthig wäre, und damit ist festgestellt, dass es zu der Zeit der Entstehung des prätorischen Edictes noch keine cap. dem. magna, noch keine andere Klasse neben der cap. dem. minima gegeben hat.

Wenn wir zu diesem Schlussresultate erst gelangen konnten nach langen Erörterungen, welche nöthig waren, damit wir nicht auf schwankem Boden zu bauen schienen, so macht uns der Gebrauch und die Bedeutung des Ausdruckes cap. dem. bei Cicero keine Schwierigkeit. Zwei Stellen sind es nur, in denen er die cap. dem. berührt; beide finden sich in den Topica; c 4 § 18 und c 6 § 29. [14]) In beiden kann unter cap. dem. nur die minima verstanden werden, und darüber dürfte auch Einstimmigkeit herrschen. [15]) Cicero führt in beiden Stellen aus seinem umfassenden juristischen Wissen Beispiele an; das in der ersten Stelle ist ein selbstgebildetes, das in der zweiten Stelle bringt eine Definition seines Lehrers Q. Mucius Scävola, in welcher dieser die cap. dem. verwendet. Könnte auch die letztere nach ihrem Inhalte noch Bedenken erregen, ob Scävola mit dem blossen Ausdrucke cap. dem. nur die minima gemeint habe, so müssen diese doch gegenüber der Thatsache schwinden, dass noch der jüngere Cicero nur die cap. dem. minima kennt.

An diese Zeugnisse aus der juristischen Litteratur, mit denen sich Cohn begnügt hat, reiht sich nun noch ein drittes an, welches uns Gellius I, 12, 9 bewahrt hat. Wenn hier von der virgo Vestalis gesagt wird, dass sie aus der väterlichen Gewalt sine emancipatione ac sine capitis minutione ausscheidet, so ist die cap. min. nur die minima. Gellius hat aber seinen Bericht augenscheinlich einem Werke der kurz vorher von ihm genannten Juristen, sei es nun des Labeo oder des Capito oder auch sonst eines älteren Juristen entnommen.

Gehen wir nun zu den Zeugnissen aus der Profanlitteratur über, so befinden wir uns diesen gegenüber in einer eigenthümlichen Lage. Während nämlich dieselben bisher allgemein für

---

[14]) c. 4 § 18: si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari c. 6 § 29: Gentiles sunt.... qui capite non sunt deminuti.

[15]) s. Cohn S. 389.

die cap. dem. magna in Anspruch genommen sind und nur darüber Streit war, ob sie speciell der maxima oder der media zugezählt werden müssten, will ich gerade aus ihnen die cap. dem. minima herauslesen. Freilich aus Stellen von Dichtern oder aus den mit poetischem Schwunge geschriebenen Stellen von Historikern, in denen der Ausdruck cap. dem. theils nur uneigentlich, theils aber geradezu bildlich verwandt wird, die wahre und eigentliche Bedeutung herauszufinden, ist ebenso schwierig, als es leicht ist, eine eigene Auffassung aus ihnen zu vertheidigen: ihr Sinn ist dehnbar und nachgiebig. Wenn ich daher auch nicht in der Lage bin, einen stricten Beweis aus den zu besprechenden Stellen dafür zu erbringen, dass in ihnen allen nur an die cap. dem. minima gedacht werden darf, so hoffe ich doch, dass meine Auslegung den grössten Schein der Wahrheit an sich trägt.

Von Livius wäre zuerst Buch 39, 19 zu nennen, wenn Huschke hier mit Recht cap. dem. statt der gewöhnlichen, aber nicht durch alle Handschriften bestätigten und jedenfalls falschen Lesart datio deminutio liest. Die Frage hier zu entscheiden, ist nicht der Ort; nur soviel will ich sagen, dass eine bessere und wahrscheinlichere, innerlich begründetere und ungezwungenere Conjectur als die von Huschke noch nicht gemacht ist und wohl auch kaum gefunden werden kann. Ist sie richtig, so beweist sie entschieden für uns. Mit Sicherheit aber lesen wir bei ihm Buch 22, 60 die cap. dem.; der Satz lautet:

Sero nunc desideratis (sc. patriam), deminuti capite, abalienati jure civium, servi Carthaginiensium facti.

Das sagt Sempronius zu seinen Mitgefangenen im Lager der Feinde. Man [16]) hat die Worte deminuti capite allgemein auf die servitus hostium, die Kriegsgefangenschaft bezogen und sich im Einzelnen darüber gestritten, ob Livius dieselbe mit Recht als cap. dem. bezeichnet, und wenn, ob er die maxima oder media meint. Alle diese Fragen sind nach meiner Meinung bedeutungslos, die Prämisse falsch; cap. dem. bedeutet hier familiae amissio. Man beachte nur die Climax der Ausdrücke und Gedanken in den beiden letzten Gliedern, von denen das erstere (abalienati jure civium) die civitatis, das letztere (servi

---

[16]) z. B. Cohn S. 69 N. 3.

facti) die libertatis amissio umschreibt. Wem fallen bei dieser Redefigur nicht die drei sog. status der Römer ein: familia, civitas, libertas, und wer möchte noch zweifeln, dass mit dem ersten Gliede (deminuti capite) die Climax beginnt, wie sie hochpoetischer und drastisch-wirksamer sich nicht gedacht werden kann? Wer den kunstvollen und lebendigen Stil livianischer Reden kennt, der wird unserm Schriftsteller nicht die Schalheit und Plattheit zutrauen, hinter einander denselben Gedanken, nur in anderer Wortfassung zu bringen. Er häuft Gedanken, nicht Worte. Allerdings, und das wird später noch zur Sprache kommen, hat Livius hier den juristisch-technischen Begriff der cap. dem. (minima), welcher nicht der der reinen amissio, sondern nur der der familiae mutatio ist, nicht beibehalten. Aber dies spielt vorläufig keine Rolle; wichtig ist, dass er nicht bloss die auf die familia bezügliche cap. dem. also benennt, sondern namentlich, dass er sie allein und im geraden, auffälligsten Gegensatze zur civitatis und libertatis amissio also benennt. So ist denn gerade diese Stelle der beste und sicherste Beweis für meine Ansicht.

Ferner gehört hierher Horaz in Ode III, 5, 42: capitis minor. Horaz sagt es von Regulus aus, welcher als captivus der Karthager die civitas Romana eingebüsst und sie auch nicht durch seine Rückkehr nach Rom jure postliminii wieder gewonnen hatte, weil er nicht den animus Romae remanendi hatte.[17]) Hier scheint also ganz der Gedanke an die cap. dem. media am Platze zu sein; ja, er drängt sich gleichsam von selbst auf. Aber man beachte auch hier den Zusammenhang, in welchem jener Ausdruck gebraucht wird. Nicht den römischen Bürgern, den Senatoren gegenüber, zu denen er eben noch geredet hatte, heisst Regulus capitis minor, sondern seiner Gattin und seinen Kindern, seiner Familie gegenüber, und dies doch auch nur deswegen, weil er als captivus Carthaginiensium zugleich mit der civitas auch seine familia, seine Familienstandschaft in abstracto und, was hier der Ausdruck besagen will, seine Familienzugehörigkeit in concreto verloren hatte: cap. dem. wieder im Sinne von familiae amissio, nicht blos mutatio.

---

[17]) Pomponius libro 37 ad Q. Mucium in L 5 § 3 D. 49, 15.

Schliesslich bleibt noch eine Stelle des Caesar, bell. civ. 2, 32, übrig, in welcher Caesars Legat Curio zu seinen mit Abfall drohenden Soldaten, welche früher dem Pompejanischen Parteigänger Domitius Heeresfolge geleistet hatten, nach dessen Gefangennahme aber von Caesar in sein Heer eingestellt waren, Folgendes sagt:

Relinquitur nova religio, ut eo neglecto sacramento, quo tenemini, respiciatis illud, quod deditione ducis et capitis deminutione sublatum est.

Voigt[18]) hat mit Recht geltend gemacht, dass cap. dem., hier als Freiheitsverlust aufgefasst, nicht im eigentlichen Sinne verstanden werden kann, da Gefangenschaft im Bürgerkriege weder Freiheits- noch Civitätsverlust begründet. Ich glaube aber, dass Caesar den Ausdruck, gleichviel ob eigentlich oder uneigentlich, jedenfalls bildlich gebraucht, und zwar im Sinne der cap. dem. minima, also im Sinne von familiae mutatio oder amissio. Dabei fragt es sich noch, ob Caesar eine cap. dem. ducis oder der Soldaten annimmt. Ich entscheide mich für das Erstere, bemerke aber, dass es im Grunde und für die Auffassung des im Ausdrucke cap. dem. liegenden Bildes m. E. ganz gleichgiltig ist. Dem Bilde liegt folgender Gedanke zu Grunde. Heerführer und Heer bilden eine familia, deren princeps der Heerführer ist, welcher die potestas gleichsam als patria über seine Untergebenen hat. Wenn nun das Familienhaupt selbst in alienam potestatem venit, wie es kurz vor unserm Satze heisst, so vertauscht es die bisherige eigene familia mit einer andern, familiam mutat, verliert also jedenfalls seine bisherige familia, sein Heer, und erleidet daher eine cap. dem. Die Folge davon ist Untergang aller höchstpersönlichen Forderungen, worunter auch die eidlichen Versprechungen fallen,[19]) und insbesondere ist hier die Folge Lösung des Fahneneides.[20]) Caesar vergleicht also das staatsrechtliche

[18]) s. bei Cohn S. 69 N. 3.

[19]) vgl. z. B. die operarum jurata promissio bei Gajus III, 83.

[20]) Bezieht man, wie ich es thue, die cap. dem. auf den dux, so kann man zugleich in dem Worte caput ein, von Caesar beabsichtigtes oder nicht beabsichtigtes Wortspiel erblicken, indem man caput zugleich als synonym mit dux auffasst. Das Wort caput in diesem Sinne genommen, böten die

Verhältniss zwischen Heer und Heerführer mit dem privatrechtlichen zwischen Gewaltunterworfenen und Gewalthaber und führt dieses Bild in Bezug auf das Schicksal der bestehenden Verpflichtungen bei Lösung dieses Verhältnisses durch. Freilich, wie jeder Vergleich, hinkt auch dieser; aber ich glaube doch das Richtige getroffen zu haben, nicht bloss mit der Erklärung desselben, sondern vor Allem mit der Erkenntniss, dass ein Vergleich mit der familiae mutatio vorliegt.

Damit sind die Bekundungen der cap. dem. aus älterer und insbesondere republikanischer Zeit meines Wissens erschöpft.[21]) Sie kommen alle darin überein, dass sie immer nur von der cap. dem. schlechthin sprechen und doch lediglich die minima damit bezeichnen. Die Frage Cohn's, wie dies möglich wäre, wenn es bereits daneben schon eine cap. dem. magna gegeben hätte, ist daher vollberechtigt. Allerdings hat sich Cohn die Consequenzen seiner eigenen, wohl bewiesenen Behauptung selbst nicht recht klar gemacht und ist daher unvermerkt in einen Widerspruch gerathen. Es ist ihm entgangen, dass, wenn Cicero in seinen erst nach Caesar's Ermordung geschriebenen Topica eine mehrklassige cap. dem. noch nicht gekannt hat, eine solche Caesar erst recht fremd gewesen sein muss; denn er nimmt S. 69 bei Caesar cap. dem. maxima an, ja begründet diese seine Annahme noch Voigt gegenüber. Daran aber, dass sich diese erweiterte und zumal technische Bedeutung in Laienkreisen gebildet habe, ist doch nicht zu denken. Das für Caesar gewonnene Resultat halte ich aber für um so sicherer, als ja noch Livius, ja, wenn ich recht vermuthet habe, sogar noch Labeo oder Capito bloss die cap. dem. minima als cap. dem. kennen, und dieser Umstand schliesst zugleich für Horaz jeden Zweifel aus. Für das prätorische

Worte: deditione ducis et capitis deminutione zugleich die Figur des Chiasmus. Wenn man übrigens die Untergebenen als das Subject der cap. dem. ansieht, so würde ihre cap. dem. unter den Gesichtspunkt der Befreiung von der potestas, also der emancipatio, fallen, derzufolge die Schulden, mithin die gelobte Heeresfolge, untergehen. Vielleicht hat Caesar beide Vorstellungen zugleich zum Ausdrucke bringen wollen; daher der kurze Ausdruck.

[21]) Auf die widersprechende Ansicht Voigts XII Tafeln, II, § 73 N. 1 gehe ich besser weiter unten ein.

Edict aber liegt die Vermuthung nahe, dass es bereits in die Zeit der Republik, die Blüthezeit prätorischer Rechtsbildung, fällt.

Berechtigen mich die bisherigen Ausführungen, das gewonnene Resultat als ein sicheres hinzustellen, so will und darf ich es doch nicht unterlassen, das etwa sonst noch vorhandene Beweismaterial zu verwerthen; je vollständiger die Beweisführung, desto besser. In der That finde ich noch einige wichtige Momente. Ein solches liegt in der Art und Weise, wie Gajus, welcher I, 159 ff. die cap. dem. ex professo am ausführlichsten behandelt, die cap. dem. als Gattungsbegriff und die cap. dem. minima definirt. Das Wesen der cap. dem. minima setzt er I, 162 darin, dass bei ihr et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, also in die status mutatio. Er stimmt hierin mit andern Juristen vollständig überein. Ulpian XI, 13 definirt fast genau so wie er. Paulus III, 6, 29 beschreibt zwar die cap. dem. minima mit den Worten: si statum ex arrogatione vel adoptione mutaverit, wonach es scheinen könnte, als ob er nicht jede status mutatio, sondern einschränkend nur die zufolge Arrogation oder Adoption eintretende als cap. dem. minima qualificirte. Allein Paulus will, wie er es ja auch für die cap. dem. maxima und media gemacht hat, nur Beispiele der cap. dem. minima angeben, ohne die Fälle derselben zu erschöpfen, und er thut dies in der Weise, dass er mit den Beispielen zugleich die Definition verbindet und daher in gewisser Weise pleonastisch spricht. Denn in I, 7, 2 = L. 2 D. 4, 1 führt er als Restitutionsgrund nach dem prätorischen Edicte über die Rescission der cap. dem., unter welcher, wie oben dargethan, nur die minima zu verstehen ist, die status mutatio ganz allgemein an. Was wir nun unter diesem Ausdrucke status mutatio für das classische Recht zu verstehen haben, kann keinem Zweifel unterliegen, auch wenn Paulus es nicht ganz klar ausspräche, dass die familiae mutatio gemeint ist.[22]) Warum aber, fragen wir, finden wir diese sofort verständliche Definition so selten und, nach Lage unserer Quellen, nur bei Paulus? Warum wird regelmässig jene erstere Definition oder richtiger Umschreibung

---

[22]) L. 3 pr., L. 7 pr., L. 11 D. 4, 5.

vorgezogen, während sie doch viel schwerer verständlich, ja vielleicht gar nicht einmal richtig ist? Oder nennt nicht derselbe Ulpian, welcher die cap. dem. minima als status mutatio erklärt, sie an einem andern Orte[23]) die cap. dem. salvo statu contingens? Also einmal bleibt der status unberührt, das andere Mal ändert er sich; einmal bedeutet status die familia, das andere Mal die civitas. Die geläufige Definition der cap. dem. minima ist also nicht ausreichend und daher unrichtig. Werden wir diese Unrichtigkeit bloss auf Rechnung der Ungeschicklichkeit der Römer im Entwerfen von Definitionen setzen wollen? Ich glaube nicht. Ich sehe die Erklärung darin, dass die Definition der cap. dem. minima als status mutatio eine sehr alte ist, welche sich bis auf die classischen Juristen herab erhalten hat, welche aber zur Zeit der letzteren ihrer inneren Begründung entkleidet war, jedenfalls aber in ihrer wahren, ursprünglichen Bedeutung nicht mehr erkannt wurde, wie später zu zeigen sein wird. Dass die classischen Juristen trotzdem die alte Definition nicht aufgaben, ist bei ihrer Zähigkeit, mit der sie an dem Althergebrachten festhielten, nicht wunderbar; nur Paulus hat sich von ihr losgemacht.

Wenden wir nun unsern Blick auf die Definition der generellen cap. dem., des Gattungsbegriffes, der über den drei species der cap. dem. steht! Wir finden eine solche unmittelbar nur bei Gajus[24]). In L. 1 D. 4, 5 setzt er diesen Gattungsbegriff in die status permutatio, und in I, 159 fügt er zu status noch das (überflüssige) Wort prioris hinzu[25]). Es fällt sofort auf: Gajus giebt den Gattungsbegriff der cap. dem. genau so wieder, wie den Artbegriff der cap. dem. minima; Art- und Gattungsbegriff decken sich. Wie wäre dies anders zu erklären, als dass jener Begriff ursprünglich weder Art- noch Gattungsbegriff war, dass es ein Klassensystem der cap. dem. ursprünglich nicht gab, sondern dass es nur eine cap. dem. gab, deren

---

[23]) L. 1 § 8 D. 38, 17.

[24]) Zu entnehmen ist sie z. B. aus L. 38 pr. D. 46, 3, African, aus L. 9 § 4 D. 4, 4, Papinian oder Ulpian, und aus L. 28 C. 7, 16, Diocletian.

[25]) Boëthius in Cic. top. p. 302 copirt ihn getreulich; desgleichen folgen ihm die Justinianischen Institutionen in pr., § 5, J. 1, 16.

Begriff in der status mutatio bestand, und dass diese ursprüngliche cap. dem. dieselbe ist, welche im classischen Rechte die dritte species unter dem Namen der minima bildet? Gajus stand, als er in die Lehre von der cap. dem. eintrat, offenbar vor einer Schwierigkeit, welche er wohl erkannte, der gegenüber er aber hilflos war. Er fand bei den älteren Juristen, welche ihm zum Vorbilde dienten, vielleicht bei Labeo z. B., immer nur die cap. dem. schlechthin definirt, und zwar als status mutatio; er verkannte aber, dass seine Gewährsmänner unter der cap. dem. nur die später sog. minima verstanden und verstehen konnten, hielt vielmehr die Definition als die des generellen Begriffes der cap. dem. und setzte sie desshalb an die Spitze seiner Darstellung. Gleichzeitig fand er in seinen Vorlagen die angegebene Definition, wie natürlich, nur auf die Thatbestände der späteren cap. dem. minima bezogen, und so blieb für ihn nichts Anderes übrig, als letztere ebenso zu definiren. Dies haben wir m. E. als den Grund der sonderbaren Erscheinung anzusehen, dass Gajus für zwei verschiedene Dinge dieselbe Definition giebt, wobei ich es allerdings dahingestellt sein lassen kann, ob Gajus selbst oder ein früherer Jurist, dem er folgte, an dem Irrthume Schuld ist. Vertuscht wenigstens, wenn auch nicht gehoben, hat dann Gajus den offen zu Tage liegenden Widerspruch durch Einflickung verschiedener, aber überflüssiger Wörter, durch welche scheinbar und äusserlich ein Unterschied gemacht wurde: hier prioris status mutatio, dort hominis status mutatio. Paulus und Ulpian haben die Schwierigkeit, welche auch ihnen nicht verborgen bleiben konnte, einfach dadurch vermieden, dass sie auf eine Definition des Gattungsbegriffes überhaupt verzichteten.

Dies sind im Wesentlichen die Gründe, welche in zwingender Weise für das höhere Alter der cap. dem. minima gegenüber den beiden anderen Klassen in ihrer Eigenschaft als cap. dem. sprechen. Wir werden in den folgenden Untersuchungen noch mannigfache Merkmale dessen zu finden Gelegenheit haben. Insbesondere dient zur Bestätigung des gewonnenen Resultats der Umstand, dass der mit dem Namen cap. dem. gegebene Begriff nur der cap. dem. minima eigen ist, dass nur für sie der Name zugeschnitten ist und nur sie

eine wahre deminutio dessen ist, was die alten Römer mit caput bezeichnet haben, was zwar vorläufig schon eine Folgerung aus dem thema probandum und, wie ich hoffe, probatum ist, wofür ich aber noch einen selbständigen Beweis führen werde. Bevor ich aber an denselben herantrete, kann ich es mir nicht versagen, auf einige Erscheinungen hinzuweisen, welche ihre volle Erklärung in der Thatsache finden, dass cap. dem. ursprünglich nur die minima war. Dabei sei es mir verstattet, auf einen Punkt, welcher den Einfluss der cap. dem. auf usus und ususfructus und überhaupt die römischen Personalservituten betrifft, näher einzugehen, da ich mir verspreche, dass das hier erzielte Ergebniss in denselben neues Licht bringen werde.

§ 3.

Einzelne Consequenzen.

Wenn ursprünglich die libertatis und civitatis amissio nicht cap. dem. waren, so hatte die spätere Ausdehnung des terminus auf sie, aus welchem Grunde sie auch immer geschah, insofern keine Schwierigkeit, als die specifischen Rechtssätze der cap. dem., soweit sie dem älteren Privatrechte angehören, immer zugleich auch für die civitatis amissio zutrafen, als die Wirkungen, welche erstere äusserte, letztere erst recht äusserte. Während daher vorher für die wissenschaftliche Darstellung dieser Wirkungen ein doppelter Gesichtspunkt Platz greifen musste, genügte jetzt ihre Zurückführung auf nur einen Factor; man hatte mit der Erweiterung des Begriffes der cap. dem. einen practischen und bequemen Lehrbegriff gewonnen. Man wird daher regelmässig annehmen können und müssen, dass, wo nach Einführung des Klassensystems der cap. dem. die Juristen von der cap. dem. schlechthin sprechen, sie darin minima und magna begreifen. Trotzdem aber ist dies keine ausnahmslose Regel. Es hatte sich nämlich die ursprünglich beschränkte Bedeutung der cap. dem., zwar nicht im Bewusstsein, aber doch im Sprachgebrauche bis in die letzte Zeit des classischen Rechtes erhalten. Dieser vom Standpunkte des späteren Rechtes engere Sprachgebrauch tritt namentlich in der Lehre von der hereditas und tutela legitima, aber auch sonst noch mannigfach hervor. Ich gebe in folgender Ueber-

sicht diejenigen Stellen an, in welchen unter cap. dem. nur die minima verstanden werden kann[1]).

1. Julian: L. 1 D. 38, 7. L. 3 D. 38, 8; vgl. L. 24 pr. D. 19, 1.
2. Pomponius: L. 5 § 1 D. 38, 6; L. 5 D. 38, 8; L. 11 D. 38, 16.
3. Gajus: I, 158 (trotz 159 ff; denn: cognationis jus eo modo non commutatur); III, 21, 27, 51, 83, 114; III, 153.
4. Papinian: L. 2 § 1 D. 7, 4.
5. Ulpian: L. 2 § 19 D. 38, 17; XXVIII, 9; XI, 17 (vgl. Paulus L. 7 pr. D. 4, 5 und die Note in der Ausgabe von Huschke); L. 1 § 1, § 3 D. 7, 4 = Vat. frag. 62, 63; L. 10 § 2 (vgl. § 6) D. 2, 4; L. 3 § 4 D. 14, 6.
6. Paulus: L. 6 § 1 D. 37, 1; L. 4 D. 38, 6; L. 7 pr. D. 4, 5 (vgl. aber L. 5 § 2 ibid.).
7. Marcian: L. 22 D. 29, 1.

Den Grund dieses Sprachgebrauches sehe ich, wie gesagt, in der Thatsache, dass ursprünglich die cap. dem. der Inbegriff nur der Thatbestände der späteren minima war; die Veranlassung zu ihm aber erkläre ich mir so, dass die Juristen in ihren Werken sich eng an ihre Vorlagen und Quellen anschlossen, in denen sie, wie es für uns natürlich, für sie aber unverständlich war, die von ihnen mit dem Namen der minima belegten cap. dem. immer ohne diesen Zusatz fanden, und in denen sie daher den in Wahrheit erst von ihnen gebildeten Sprachgebrauch bereits anzutreffen glaubten, unbekümmert, woher er stammen sollte. So gab es namentlich im Erbrechte eine Reihe altciviler und prätorischer Rechtssätze, welche in der Form wenig oder gar nicht verändert, von Werk zu Werk übertragen wurden; so sprach man insbesondere im Anschluss an das prätorische Edict über die Klagenrestitution im Falle der cap. dem. minima gewöhnlich nur von der cap. dem., wie z. B. Gajus III, 84; IV, 38, 80, obwohl man über die Ungenauigkeit dessen nicht im Zweifel war. Dass sich in Folge

[1]) Andere hierher gehörige Stellen werden sich noch im Laufe der Erörterungen dieses Paragraphen ergeben.

hiervon der Sprachgebrauch festsetzte, und die cap. dem. minima allgemein die cap. dem. im eminenten Sinne wurde, ist begreiflich.

Ein zweiter Punkt, den ich hier hervorheben möchte, ist der folgende. Wie in den der Zeit der Republik angehörenden Gesetzen, prätorischen Edicten u. dergl. mit dem Ausdrucke cap. dem. nur die minima gemeint ist, so kann in den aus alter Zeit stammenden und im Gebrauch gebliebenen Vertragsformeln die cap. dem. ursprünglich auch nur dieselbe Bedeutung gehabt haben. Ein Beispiel hiervon giebt die Formel der cautio usufructuaria. Beim uneigentlichen Niessbrauch enthielt sie in Gemässheit der beiden Endigungsgründe desselben den Passus: cum (quandoque) morieris aut capite minueris.[2]) Reicht nun die Formel der cautio quasiusufructuaria wahrscheinlich in die Zeit der Republik zurück, so ist sie doch jedenfalls aus der viel älteren Formel der cautio des eigentlichen Niessbrauches entnommen, welche diese beiden Endigungsgründe neben den übrigen aufgezählt haben musste. Wenn nun in dieser Anfangs cap. dem. nur die minima bedeuten konnte, so folgt daraus, dass die civitatis amissio ausdrücklich namhaft gemacht worden war. Obiger Passus wird also ursprünglich gelautet haben: cum morieris aut in civitate esse desines[3]) aut capite minueris. Als nun später die Wissenschaft den Begriff der cap. dem. auch auf die civitatis amissio erstreckte, wurde die ausdrückliche Erwähnung der letzteren neben der cap. dem. überflüssig. Steht damit etwa im Zusammenhange, dass die classischen Juristen (s. Note 2) es betonen, dass es nur zwei Endigungsgründe des uneigentlichen Niessbrauches giebt?

Schliesslich wirft die Thatsache, dass die cap. dem. ursprünglich nur minima war, ein eigenthümliches Licht auf die Lehre des römischen Rechtes von dem Einflusse der cap. dem. auf usus und usufructus. Es ist davon auszugehen, dass nach altem Civilrechte beide dingliche Rechte durch cap. dem. minima untergingen, gerade so wie Obligationen.

Es beruhte dieser Rechtssatz in dem ursprünglichen Wesen der cap. dem. minima; aber dieses eigenthümliche Wesen hatte

---

[2]) L 6 pr. L 7. L 9 D. 7, 5; L 7 § 1 D. 7, 9.

[3]) vgl. z. B. das Sc. in L 1 pr. D. 38, 4 und das Rescript in L 3 D. 34, 1.

sie längst abgestreift, so zwar, dass jede Erinnerung an dasselbe erloschen war. Um so weniger vermochte man die ratio jenes Civilrechtssatzes zu verstehen, und so war er nicht bloss ein unverstandener, sondern erschien nothwendig als ein unberechtigter, namentlich seitdem das jus gentium einer freien Entwicklung des Verkehrsrechtes den Weg gebahnt hatte. So mag er denn schon lange vor Justinian, welcher ihn bekanntlich abschaffte, im Verkehre unter Lebenden als eine unbillige Einschränkung des freien Parteiwillens erschienen sein; indess liess sich hier wenigstens die aufhebende Wirkung der cap. dem. minima immer noch durch eine neue Constituirung des dinglichen Rechtes, welche durch stipulatio dem Constituenten zur Pflicht gemacht werden konnte, rückgängig machen, und es ist daher erklärlich, dass der Respect vor dem jus civile ihn trotz seiner Gehässigkeit bis auf Justinian hinab in Geltung erhielt. Ganz anders aber bei einer letztwilligen Bestellung der genannten beiden dinglichen Rechte. Hier entzog der Rechtssatz das Recht unwiderbringlich, und er musste gerade da als eine unerträgliche Fessel des autonomen Willens des Testators empfunden werden, wo dieser seinen Effect gar nicht wollte. Sollte ihm gegenüber der Wille des Testators machtlos sein? Zwar der Prätor selbst half diesem schreienden Missstande unmittelbar nicht ab, obwohl er doch mit Rücksicht auf die Obligationen Klagenrestitution gewährt hatte. So blieb denn auch hier der Testator darauf angewiesen, selbst Mittel und Wege zu finden, durch welche jener Civilrechtssatz umgangen und so eine Folge ausgeschlossen wurde, welche nicht gewollt, sondern lediglich durch das stricte jus civile bedingt war. Eine darauf zielende Praxis bildete sich denn auch mitten aus dem Leben heraus, und weil der Zeitgeist überhaupt dem Rechtssatze die innere Berechtigung absprach, so stellte sich auch die Rechtwissenschaft bereitwilligst in ihren Dienst, welche ihrerseits dem Prätor eine genügende Grundlage zur Correctur des jus civile bot.

Zwei Mittel waren es, welche die Praxis zur Durchführung ihrer ganz gesunden Idee erfand: einmal allgemein ein besonders gefasstes und gestaltetes Legat des usus oder ususfructus, und sodann für gewisse Arten desselben die habitatio und die operae servorum legatae. Aber ich wiederhole es: beides waren letztwillige Geschäftsformen zur Constituirung des usus und usus-

fructus, welche an ihrem vom Civilrecht bestimmten Charakter selbst nichts ändern wollten und vorerst auch nichts änderten, sondern welche nur den singulären Zweck verfolgten, die im Wesen der beiden dinglichen Rechte durchaus nicht liegende Civilrechtsfolge der cap. dem. minima und nur dieser ausser Anwendung zu setzen. Daraus folgt vor Allem, dass auch das in der neuen Weise errichtete jus in re einen höchst persönlichen Charakter hatte und bis in die Mitte der classischen Jurisprudenz behielt: mit dem Wegfall des Berechtigten fiel nach wie vor das Recht selbst weg. Daran erinnert zu haben, wird uns nachher zu Statten kommen.

Was nun zuerst das eigenthümliche Legat des Usufruct, um von diesem allein zu sprechen, betrifft, mit dessen Hilfe die Praxis sich freiere Bewegung schaffte, so bieten die Pandekten eine doppelte Art desselben; entweder fügte man die Clausel hinzu: quotiesque capite minutus erit, eundem usumfructum do lego, wonach der durch cap. dem. untergegangene Usufruct sofort von Neuem constituirt wurde, oder aber man wiederholte das Legat für jedes einzelne Jahr, verordnete ein sog. annuum legatum, wodurch allerdings der Usufruct nicht sofort wiederbegann, sondern erst nach Ablauf des Jahres, in welches die cap. dem. fiel. [4]) Die Theorie sah in beiden Verordnungen nicht ein einziges Legat, sondern mehrere selbständige Legate, deren dies cedentes der Reihe nach mit jedem Capitisdeminutionsfalle, bez. mit jedem neuen Jahre oder jeder neuen Periode eintraten. [5]) Indessen beide Arten des legatum usufructus für sich allein sind m. E. nicht die ursprünglich zum Ziele führenden Mittel gewesen. Dem ersteren Legat sieht man es sofort an; es schlug zu direct dem geltenden Civilrechte ins Gesicht, als dass der Prätor es wagen konnte, das jus civile zu corrigiren. Auf ein so plumpes und gewaltsames Mittel, welches den Stempel der Gesetzeswidrigkeit an der Stirn trug, einzugehen,

[4]) Um der Ausschliessung des in Rede stehenden gehässigen Civilrechtssatzes willen sah man sogar in dem Legate des Usufruct quoad vivit eine repetitio legati auf den Fall der cap. dem. minima, eine Auslegung, mit welcher Maecian nach L 3 pr. D. 7, 4 zuerst aufgetreten zu sein scheint.

[5]) L. 8 D. 33, 1, Gajus; L. 3 § 1, § 2 D. 7, 4, Papinian; L. 3 pr., L. 5 pr. D. ibid., Ulpian; L. 10 D. 4, 5 Modestin.

konnte man dem Prätor nicht zumuthen. Aber auch das andere Mittel, das legatum annuum, verfing nicht von jeher, nicht vor Sabinus. Jener Theorie vom annuum legatum, nach welcher es eine Anordnung mehrerer von einander unabhängiger Legate ist, ist erst von Sabinus der Weg geebnet, wie Paulus in L. 4 D. 33, 1 ausdrücklich bezeugt. Vor Sabinus ging allgemein die Lehre dahin, dass ein annuum legatum gerade so wie ein gewöhnliches ein einiges Legat ist, das nur einen dies cedens hat, in welchem es voll und ganz für die ganze Zeit, die der Testator festgesetzt hat, dem Legatar anfällt; der Unterschied bestand nur darin, dass für die Legatssumme mit Rücksicht auf den Erben mehrere Zahlungstermine festgesetzt sind.[6]) Bei solcher Lehre verlor der Legatar, auch wenn ihm der Ususfruct per singulos annos vermacht war, doch denselben bei eintretender cap. dem. minima, und es ist klar, dass das annuum legatum vor Sabinus den legirten Ususfruct vor dem Untergange durch cap. dem. nicht retten konnte. Seit Sabinus wäre dies nun allerdings möglich gewesen; allein es liegt die gegründete Vermuthung vor, dass trotzdem in Wahrheit dasselbe für nicht genügend erachtet wurde. Diese Vermuthung stützt sich auf eine Stelle von Maurician: L. 23 D. 33, 2.[7]) Maurician äussert hier das Bedenken, ob nicht ein ausdrücklich für den Fall der cap. dem. repetirtes Legat ein annuum sein müsse, obwohl er selbst sich schliesslich für die Auffassung der Späteren, welche die Frage verneinen, entscheidet. Dieses Bedenken dürfte in der früher herrschenden, die Frage bejahenden Auffassung seinen Grund haben, und es ist leicht möglich, dass gerade die von Maurician erwähnte Constitution des Kaisers Pius der veränderten Auffassung Ausdruck gab und den Wendepunkt, wenn auch nur den ungefähren, in der Lehre von der relegatio ususfructus für den Fall der cap. dem. bildete. Darnach lautete noch vor Pius das fragliche Legat des Ususfruct ungefähr so: Titio

[6]) Die Möglichkeit eines solchen Legates blieb natürlich auch nach Sabinus bestehen, L. 12 § 4 D. 36, 2, da eben Alles auf Interpretation des Willens des Erblassers ankam.

[7]) Ich lese die Stelle nach der von Mommsen vorgeschlagenen Lesart.

usumfructum fundi Corneliani in annos singulos decem, quotiensque capite minutus erit, lego. Da es also in erster Linie ein annuum legatum sein musste, so kann es nicht vor Sabinus Geltung gehabt haben und entstanden sein. Wann es aber nach der Aufstellung seiner neuen Theorie Eingang fand, ist nicht zu ersehen. Fragen wir nun aber nach dem Grunde, aus welchem ein blosses annuum legatum vor Pius nicht hinreichte, um den gewünschten Effect herbeizuführen, sondern noch der speciellen Clausel bedurfte, so sehe ich denselben in einer nur mangelhaften Ausbildung der neuen Sabinianischen Theorie. Sabinus scheint von dem besonderen annuum legatum ususfructus nicht ausgegangen zu sein, sondern etwa von dem auf Zahlung von Geld gehenden Alimentenlegat, auf welches die cap. dem. minima keinen Einfluss ausübte. Für das annuum legatum ususfructus scheint man sich Anfangs von der civilrechtlichen Wirkung der cap. dem. auf den Ususfruct nicht haben freimachen können. Man zog daher für dieses Legat nicht die volle Consequenz aus der von Sabinus erkannten Natur des annuum legatum, sondern griff auf die Interpretation des muthmasslichen Willens des Testators zurück, indem man diesen als im Einklange mit dem Civilrechte stehend voraussetzte. Man verfuhr hier ebenso, wie später noch nach dem Zeugnisse Africans in L. 38 pr. D. 46, 3 für die Frage nach dem Einflusse der cap. dem. auf die Stipulation: ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem . . . ierit . . . . non recte ei solvi dicendum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur ‚si in eadem causa maneat.' Eine solche stillschweigende Willenserklärung des Testators setzte man auch beim annuum legatum ususfructus voraus, und es bedurfte daher zur Ausschliessung dieser Interpretation einer ausdrücklichen entgegengesetzten Willenserklärung desselben; daher denn die Nothwendigkeit obiger Clausel. Was freilich sonst der Testator für einen Grund gehabt haben mochte, das legatum ususfructus gerade als ein annuum zu constituiren, da es doch practisch keine andere Wirkungen hatte, als das einfache Legat, diese Frage liess man unerörtert. Man war noch zu sehr im Banne des Civilrechtes. Erst später, als man sich diesem Banne dadurch entzog, dass man das wahre Wesen des annuum legatum auch

im Legate des Niessbrauches erkannte und zur Anerkennung brachte, gelangte man zu der umgekehrten Interpretation, dass mit einem solchen Legate der Testator den Civilrechtssatz über den zerstörenden Einfluss der cap. dem. auf den Ususfruct ausser Kraft setzen und umgehen wollte. Wurde so die Clausel: quotiensque capite minutus erit für das annuum legatum überflüssig, so erblickte man andrerseits jetzt auch in dem gewöhnlichen, mit dieser Clausel versehenen Legate des Niessbrauches eine relegatio, wonach das erste Legat ein pures, die übrigen condicionale, d. h. unter der Bedingung: si capite minuatur ausgesetzte waren. Der Prätor sah jetzt, da er eine allgemeine doctrinelle Unterlage in der relegatio gewonnen hatte, an welcher es vor Sabinus und noch eine Zeitlang nach ihm ganz fehlte, in diesem Legate keine offene Erhebung gegen das Civilrecht mehr.

Um nunmehr auf habitatio und operae servorum (animalium) legatae überzugehen, so ist von Vornherein zu betonen, dass, worauf schon Savigny [8]) aufmerksam gemacht hat, beide Rechte nur als Gegenstände von Legaten erwähnt werden, und dass wir daher eine Entstehung derselben auf anderen Wegen anzunehmen keinen Grund haben. [9]) Zwar ist Savignys Meinung nicht allgemein zur Anerkennung gelangt; Viele sehen im Legate nur die häufigste Bestellungsart; indessen dürfte das, was ich oben im Allgemeinen über die verschiedene Behandlung dieser Rechte, je nachdem sie durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder von Todeswegen bestellt sind, gesagt habe, Savigny's Meinung bestätigen. Was sodann den Zweck betrifft, zu welchem man zu der Bestellung dieser besonderen Personalservituten griff, so nimmt Dernburg [10]) an, dass es sich bei ihnen vorzugsweise um letztwillige Zuwendungen an Personen ohne römische Rechtsfähigkeit, insbesondere an Peregrinen, handelte; ich sehe aber nicht, worauf Dernburg seine Behauptung stützt. Gesetzt auch, dass Peregrinen der habitatio fähig waren, so waren sie doch nicht fähig, aus einem Legate dieses Recht zu erwerben; im Uebrigen behandeln die Quellen nur die Frage, ob das bereits aus dem

[8]) System II S. 113.

[9]) Wo in den Quellen ausserdem von habitatio die Rede ist, z. B. L. 27, L. 32 D. 39, 5. ist der eigentliche usus gemeint.

[10]) Pand. I. § 250 vor N. 16.

Legate erworbene Recht bei cap. dem. des Berechtigten bestehen bleibt, nicht aber ob ein Peregrine, also namentlich auch derjenige, welcher zufolge cap. dem. media ein solcher geworden ist, ein derartiges Legat erwerben kann. Der Zweck war lediglich der, das zugewandte Recht vor dem Untergange durch cap. dem. und gleichzeitig vor dem Untergange durch nonusus zu sichern; wenigstens setzen die Quellen darin die Besonderheit beider Rechte gegenüber dem gewöhnlichen usus, bez. ususfructus aedium oder servi.[11])

Man erreichte diesen Zweck bekanntlich rein äusserlich durch Vermeidung der Wörter usus und ususfructus, an deren blossen Klang sich sofort und unfehlbar das Civilrecht mit seiner strengen Rechtsconsequenz selbst gegen den Willen des Testators geheftet hätte; durch den Gebrauch eigener, nicht der technischen Rechtssprache angehöriger Wörter documentirte derselbe seinen Willen, dass er die fraglichen civilrechtlichen Rechtssätze über usus und ususfructus ausgeschlossen wissen wollte. Dieser Brauch genügte der Wissenschaft und der praetorischen Praxis; beide erkannten die Verfügung des Testators als zu Recht bestehend an, und so entstand der Satz, dass habitatio und operae servorum durch cap. dem. nicht untergehen. In der Auffassung des Ausdruckes cap. dem. in diesem Rechtssatze kann ich aber der herrschenden Meinung nicht beitreten. Die heutigen Juristen lehren übereinstimmend, dass unser Rechtssatz sich auf alle drei Klassen der cap. dem. bezöge, offenbar weil Papinian, Ulpian und Modestin, alles Juristen, welche bereits die cap. dem. magna kannten, ganz allgemein von cap. dem. sprechen[12]), in ihrem Munde cap. dem. daher die magna wie minima bedeuten müsste. Allein ich beziehe gleich früheren Juristen[13]) den Rechtssatz nur auf die

---

[11]) Nur darauf beschränkte sich der Unterschied von usus und ususfructus, im Uebrigen werden bald die Grundsätze des usus, bald und namentlich die des ususfructus auf sie angewandt: L. 5 § 3 D. 7, 9. Es ist daher keine Besonderheit der habitatio und operae, dass dem Honorirten Vermiethung der Wohnung und der Dienste des Sklaven an Dritte gestattet war, wie Kuntze Cursus § 537 meint; das war ja ein gewöhnlicher Rechtssatz beim ususfructus nach L. 12 § 2 u. L. 13 § 8 D. 7, 1.

[12]) L. 2 D. 33, 2. L. 2 D. 7, 7; L. 10 pr. D. 7, 8. L. 10 D. 4, 5.

[13]) s. Thibaut civil. Abhandl. S. 17.

minima und glaube, dass er zu einer Zeit entstanden ist, in welcher es nur diese als cap. dem. gab, und dass er auch späterhin nach dem Entstehen der cap. dem. magna oder der cap. dem. majores auf sie allein beschränkt blieb, dass wir daher bei den genannten römischen Juristen, wenn sie trotzdem äusserlich den Ausdruck cap. dem. ohne den zu erwartenden beschränkenden Zusatz minima setzen, den oben berührten und erklärten Sprachgebrauch antreffen: sie schrieben den Rechtssatz so nach, wie sie ihn bei ihren älteren Gewährsmännern lasen. Ein directer Beweis dafür lässt sich allerdings nicht erbringen; aber es ergiebt sich das Gesagte aus der ganzen Darstellung, wie ich sie oben einleitungsweise gegeben habe, insonderheit aus dem Zwecke, welchem beide Institute dienen sollten, und zu welchem sie ins Leben gerufen wurden. Ferner spricht dafür die Analogie des annuum legatum ususfructus und des legatum ususfructus mit der Clausel: quotiesque capite minutus erit; wir erkennen hier immer dasselbe Bestreben der Praxis, usus und ususfructus von dem civilrechtlichen Grundsatze über den Untergang durch cap. dem. minima zu eximiren; nur machte sich dieses in verschiedener Weise geltend. In L. 10 D. cit. 4, 5 stellt Modestin geradezu das annuum legatum und die habitatio in dieser Beziehung zusammen, und dass hier unter cap. dem. nur die minima verstanden werden kann, ist klar[14]). Es wäre doch sonderbar, dass hier cap. dem. für die habitatio eine weitere, für das annuum legatum eine engere Bedeutung haben sollte. Auch die habitatio und die operae waren civilrechtliche, wenn auch eigenthümlich geartete Personalservituten; soweit ist man aber nie dem Civilrecht entgegengetreten, dass man die Personalservituten auch bei Eintritt einer cap. dem. magna weiter bestehen liess; auch Justinian hob nur den Untergang durch cap. dem. minima auf und setzte ausdrücklich in seiner Constitution, L. 16 C. 3, 33 im § 3 hinzu, dass die cap. dem., quae vel libertatem vel civitatem Romanam possit adimere, nach wie vor die Personalservituten zum Untergang bringen

---

[14]) Mandry Familiengüterrecht I S. 218 ff.

sollte[15]). Man erwäge überdies, dass die Zuwendung der habitatio als eine persönliche Gunst- und Dankesbezeugung für geleistete treue Dienste benutzt wurde, um dem Honorirten, insbesondere wohl einem testamentarisch freigelassenen Sklaven, auf solche Weise eine Art von Lebensversorgung zu gewähren, und dass das Legat der habitatio die Natur eines Alimentenlegates hatte[16]). Nun aber ging auch das Alimentenlegat, welches das römische Recht bekanntlich besonders begünstigte, bez. der Anspruch aus demselben nur bei eintretender cap. dem. minima nicht unter; bei cap. dem. magna ging es unter, gleichwie es ein ex magna causa capite minutus auch nicht erwerben konnte. Zwar hat Savigny[17]) und im Anschluss an ihn Cohn[18]) das gerade Gegentheil behauptet, indem sie es als einen allgemeinen positiven Rechtssatz hinstellen, dass ein servus poenae ein Alimentenlegat erwerben könne, und dass der durch Legat erworbene Alimentenanspruch dem Bedachten auch nach servitus poenae und deportatio erhalten bliebe. Allein ein solcher Rechtssatz ergiebt sich aus den wenigen in Betracht kommenden Quellenstellen keineswegs[19]). Denn was zunächst L. 11 D. 34, 1, Paulus libro 10 quaest., betrifft, so ist es doch nicht ganz zweifellos, was Savigny sagt, dass die praecedentes anni die vor der Restitution, also während des Sclavenstandes sind. Man denke an den Fall, dass der in metallum damnatus unmittelbar nachher wieder restituirt wurde, und man beachte namentlich, dass hier ein Laie Paulus um ein Responsum angeht. Vor Allem aber glaube ich, dass gar nicht auf den ersten Theil des Responsum der Ton zu legen ist; Paulus hat diesen nur der Vollständigkeit wegen hinzugefügt. Viel wichtiger ist der zweite Theil: et sequentium (sc. annorum)

---

15) Es ist ein sonderbarer Zufall, dass Justinian von Anfang an in der Constitution auch nur von der cap. dem. schlechthin spricht, und dass er erst nachher im § 3 die einschränkende Bemerkung macht.

16) Kuntze Cursus § 537. Savigny Syst. II S. 110 ff. Windscheid Pand. I § 208 N. 4. Wenn Cohn S. 262 dies bestreitet, so fasst er den Begriff der Alimente zu eng.

17) Syst. II S. 107, 108.

18) S. 250.

19) Es sind L. 3 pr. D. 34, 8. L. 11 D. 34, 1. L. 16, D. 33, 1. L. 16 D. 48, 22.

deberi ei. Dies war eine Besonderheit der Restitution, und darin ist der Kern der Frage und Antwort zu suchen. An sich, so ist der Gedankengang, geht mit der damnatio in metallum der Anspruch auf die legirten Alimente unter. Tritt nun aber eine Restitution ein, so hat dies die Bedeutung, dass der Zwischenzustand hinterher als nie vorhanden fingirt wird und der Begnadigte wieder ganz und gar in denjenigen Zustand zurückversetzt gilt, in welchem er sich vor der Verurtheilung befand. Daher lebt denn auch der persönliche Alimentenanspruch wieder auf, gerade so wie die alten Schulden wieder aufleben, für diese vorausgesetzt allerdings, dass die restitutio cum bonis geschieht. Tit. Dig. 48, 23. Bei diesem Sachverhalte brauchte man in den Worten: praecedentium annorum recte cepisse alimenta m. E. keine wichtige Besonderheit zu sehen. Im Uebrigen aber dreht sich die Frage gar nicht darum, ob der servus poenae das Legat und damit die Legatsklage erwerben kann, oder ob er den bereits erworbenen Legatsanspruch verliert, sondern darum, ob, wenn ihm auch als servus poenae der Belastete, irrthümlich oder wissentlich und mit Vorbedacht, die Alimente geleistet hat, dieser oder seine Rechtsnachfolger das Geleistete zurückfordern können als zu Unrecht geleistet, und hier entscheidet Paulus, dass der servus poenae recte cepit, eine Rückforderung des Geleisteten daher ausgeschlossen ist, vermuthlich weil der Belastete nur eine Naturalobligation erfüllt habe. Aber gerade dies Alles setzt voraus, dass der Alimentenanspruch durch die cap. dem. maxima nach Civilrecht untergegangen ist. In L. 16 D. 48, 22 sodann handelt es sich nicht, wie Cohn will, um den Fortbestand eines Alimentenanspruches trotz cap. dem. media, sondern um Erwerb eines solchen Seitens eines deportatus, und hier sagt der Kaiser Caracalla ausdrücklich, dass solcher Erwerb nicht nur gegen die lex publica, sondern auch gegen die consuetudo verstiesse, dass er aber trotzdem in dem concreten Falle den Erwerb gestatten wolle. Damit hat er keineswegs eine allgemeine Bestimmung für das Alimentenlegat treffen wollen noch getroffen, und es ist daher unzulässig, aus dieser Lex Consequenzen und Analogieen abzuleiten. Hiernach ist zu vermuthen, dass auch Pius in L. 3 pr. D. 34, 8, welche viel zu allgemein gehalten ist, als dass sich aus ihr

ein bestimmter Schluss ziehen liesse, nur in einem bestimmten Falle vom Civilrecht abgesehen habe. Jedenfalls ist aus L. 16 D. cit. 48, 22 nicht zu schliessen, woran Cohn denken mag, dass, wenn der deportatus das Alimentenlegat (zufolge Privilegs) erwerben kann, auch die deportatio den bereits erworbenen Anspruch aus ihm unversehrt lässt. Denn es ist doch ein wesentlicher Unterschied, ob ein Testator einem Deportirten bewusst Alimente legirt, oder ob er einem civis in Rom oder in einer andern Stadt sie legirt und dieser hinterher in insulam deportirt wird. Endlich, was die Auslegung der L. 16 D. 33, 1 betrifft, welche Savigny ihr angedeihen lässt, so ist dagegen zu bemerken, dass kein Herr seinen Sklaven bei crimineller Strafe hungern lassen darf: Edict von Pius in L. 2 D. 1, 6; dass aber namentlich das annuum legatum für die Zeit, wo der Bedachte noch Sklave ist, nicht in ein Alimentenlegat verwandelt wird, weil der Sklave dessen fähig wäre, sondern dass das annuum legatum ein Alimentenlegat war, welches nach L. 12 § 3 D. 36, 2, Celsus und Julian, schon zur Zeit des Todes des Testators cedirt, und dass es als muthmasslicher Wille desselben gilt, dass der bedachte Sklave auch für die Zeit seines Sklaventhumes den Genuss des Legates haben sollte. Der Sklave selbst aber hat kein Recht auf die ihm ausgesetzte Alimentation: Paulus sagt nicht für die Zeit des Sklaventhums: legatum debebitur; aber der Erbe hat die Pflicht, gemäss dem Willen des Testators ex die mortis domini Jahr für Jahr die ausgesetzten Alimente zu leisten: heres compellitur. Es gilt für diesen Fall dasselbe Princip, welches Pomponius in L. 7 i. f. D. 33, 1 ausspricht. Aber auch hier handelt es sich nicht um die Frage nach dem Einflusse der cap. dem., sondern hier hat der Testator wissentlich einem Sklaven etwas zuwenden wollen.

Ist so die Natur der habitatio legata als eines Alimentenlegates der herrschenden Meinung nicht günstig, insofern letzteres nach den Quellen überhaupt durch cap. dem. magna untergeht, so glaube ich das auch anderweit gewonnene Resultat für gesichert halten zu dürfen. An sich hat das Alimentenlegat zwar die Bedeutung, dem Bedachten lebenslänglichen Unterhalt zu gewähren; es galt daher, das zugewandte Recht gegen alle mit der Person des Berechtigten verknüpften civilen En-

digungsgründe sicherzustellen mit Ausnahme natürlich des Todes, da gleich dem usus und ususfructus auch habitatio und operae servorum höchstpersönlich waren. Dem physischen Tode aber steht ratione civili der bürgerliche Tod gleich; bürgerlicher Tod aber war stets die cap. dem. magna, durch welche eben der von ihr Betroffene sein Bürgerrecht einbüsste. Es erschien daher auch ganz gerechtfertigt, dass alle diese persönlichen civilen Rechte durch cap. dem. magna untergingen. Nun heisst es auch von der cap. dem. minima, dass sie morti coaequatur. Aber dieser Vergleich mit dem Tode erklärte sich schon lange vor der Kaiserzeit nur aus dem civilrechtlichen Effect der cap. dem. minima, während umgekehrt sich dieser Effect aus der dem Tode vergleichbaren Natur der cap. dem. minima erklärt haben muss. Diese ursprüngliche Natur aber hatte sie längst verloren, und so fehlte dem Vergleiche mit dem Tode die innere Berechtigung und das Verständniss, und daraus erklärt es sich ja eben, dass man der cap. dem. minima keinen zerstörenden Einfluss auf das Alimentenlegat mehr zuschreiben wollte und zuschrieb; lebte doch der Bedachte physisch wie bürgerlich auch nach der cap. dem. minima unverändert weiter.

§ 4.

Der Begriff der cap. dem. nach ihrem Namen.

Nach dem späteren classischen Rechte, seit Entstehung der cap. dem. magna, giebt es keinen innerlich-einheitlichen Begriff der cap. dem., so schön und harmonisch sich äusserlich das Dreiklassensystem auch ausnehmen mag. Wenn Gajus I, 159 diesen Begriff in die status mutatio setzen zu können glaubt, worin ihm kein anderer Jurist folgt, so ist oben bereits gezeigt, dass diese Definition nur auf die cap. dem. minima passt; wie der Name selbst auf die amissio civitatis (et libertatis) von der cap. dem. minima übertragen ward, so übernahm auch Gajus die Definition der generellen cap. dem. ohne Weiteres von der cap. dem. minima, ohne dass Name und Definition den allgemeinen Cap.-dem.-Begriff vollständig trafen. Eine Dissonanz ist also in dem System der cap. dem. nicht zu leugnen. Kuntze[1]) sieht

1) Excurse S. 101.

nach zwei Richtungen hin eine solche Dissonanz: einmal insofern, als die beiden höheren cap. dem.'s einen reinen Verlust, amissio, enthalten, die cap. dem. minima dagegen nur eine mutatio, also ein mit einem Erwerbe verbundener Verlust ist, und sodann, was ich ebenfalls gern acceptire, insofern, als bei jenen das caput zugleich in seinen socialpolitischen Elementen in Frage kommt, bei dieser aber nur die privatrechtliche Seite des caput afficirt wird. Nun ist allerdings nicht anzunehmen, dass unser Institut mit dieser Dissonanz zur Welt kam; vielmehr erscheint diese als das schliessliche Ergebniss einer Entwicklung. Sie muss aber auf geschichtlichem Wege lösbar sein[2]). Nun aber war es bisher fraglich, in welcher Klasse, ob in der magna oder minima, der Urtypus der cap. dem. zu sehen sei. Puchta und Kuntze a. a. O. nehmen ihn in der cap. dem. magna an, so dass nach ihnen auch die cap. dem. minima ursprünglich einen reinen, nach Kuntze auch das caput in seiner öffentlich-rechtlichen Seite ergreifenden Verlust bezeichnet habe. Es ist nun nicht nöthig, auf die von einander abweichenden Erklärungen dieses Verlustes Seitens der beiden Schriftsteller näher einzugehen[3]); seitdem wir wissen, dass die cap. dem. minima die älteste cap. dem. war, ist die von Puchta und Kuntze versuchte Lösung der Frage nothwendig verfehlt. Der ursprüngliche Begriff der cap. dem. kann nur der ursprüngliche Begriff der cap. dem. minima gewesen sein. Darin aber haben beide Schriftsteller Recht, dass der letztere nicht der Begriff des späteren classischen Rechtes ist. Zwei Wege eröffnen sich, den ursprünglichen Begriff der cap. dem. (minima) zu ergründen: einmal lässt er sich aus dem Umfange der cap. dem. minima seit Gajus, und sodann aus dem Namen cap. dem.

---

[2]) Dies haben auch Andere, z. B. Puchta Instit. II § 220, Pernice Labeo S. 172, Brinz Pand. I § 54 erkannt,

[3]) Puchta wird es Niemand glauben wollen, dass jede einzelne gens nach Analogie des Staates ein particulares Rechtssystem gehabt habe, nach welchem sich die Rechtsfähigkeit, caput, bestimmt habe, (Instit. II § 219); cap. dem. minima sei daher das Ausscheiden aus der concreten gens gewesen. Kuntze setzt diese in den Verlust der Gentilität in abstracto; aber diese Vermuthung hat ihre gewichtigen Bedenken, s. Pernice S. 173 N. 4. Gegen beide spricht vor Allem, dass, wie sich später zeigen wird, die cap. dem. minima ursprünglich ein plebejisches Rechtsinstitut war.

selbst heraus ermitteln. Wir werden sehen, dass beide Wege zu demselben Ziele führen. Schlagen wir zunächst den letzteren ein!

Der Name cap. dem. muss den ursprünglichen Begriff derselben unmittelbar zum Ausdruck gebracht haben; er muss das getroffen haben, was er bezeichnen sollte. Es kommt also darauf an, die Bedeutung seiner beiden Bestandtheile caput und deminutio festzustellen.

Die Bedeutung von deminutio kann kaum zweifelhaft sein; es heisst: Verminderung, Verringerung, so, dass noch etwas von dem Verringerten übrig bleibt. Nun aber liegt der Zweifel darin, ob die Schreibung deminutio die richtige und ursprüngliche war. Unsere Quellen weisen mehrere Lesarten auf; es finden sich minutio, deminutio und diminutio vor. Es ist nun nicht meine Aufgabe, die lexicalisch genaue Bedeutung derselben anzugeben[4]). Soviel aber dürfte feststehen, dass die Begriffe von minutio und deminutio sich ziemlich decken; für diminutio aber besteht nur die Alternative: entweder hat es die nämliche, nur unwesentlich modificirte Bedeutung wie minutio und deminutio[5]); dann ist jeder Zweifel beseitigt; oder es hat eine wesentliche andere Bedeutung; dann nimmt man die der Zerstörung an. In dieser Bedeutung würde sich die Lesart diminutio für die cap. dem. maxima und media empfehlen, und desshalb wählen diejenigen, welche, wie Kuntze, in diesen beiden Klassen den ursprünglichen Begriff der cap. dem. zu finden meinen, aber auch alle diejenigen, welche auch in der cap. dem. minima eine Zerstörung des caput erblicken, wie z. B. Pernice, diese Schreibung, indem sie dann zugleich rückwärts aus ihr Schlüsse auf das Wesen der cap. dem. minima ziehen. Nehmen wir nun aber auch, was wohl nicht zweifelhaft sein kann, was wir aber ganz dahingestellt sein lassen können, die Bedeutung von diminutio als Zerstörung an, so käme es, nachdem festgestellt ist, dass die cap. dem. minima die ursprünglich einzige cap. dem. war, nur darauf an, worin man das Wesen derselben zu setzen hätte, und darnach würde es sich entscheiden, ob diminutio oder deminutio die richtige

---

4) s. Rein Privatr. S. 121 N. 1 und die daselbst Angeführten.

5) vgl. etwa Cic. de leg. agrar. II c. 7 § 16.

Lesung wäre. Allein ich hatte es mir zur Aufgabe gesetzt, lediglich aus dem Namen cap. dem. den Begriff derselben abzuleiten und zu bestimmen, und so muss ich denn schon jetzt Stellung zu der Frage nehmen, welche Lesung ich für die richtige halte, und es würden hier nur solche Gründe in Betracht kommen, welche nicht aus dem erst zu ermittelnden Begriffe der cap. dem. entnommen werden. Solche Gründe glaube ich nun in der That für die von mir bisher immer vertretene Lesung: deminutio zu haben.

Wäre diminutio die ursprüngliche und eigentlich richtige Schreibung, so lässt sich nicht erklären, wie man später zu dem Simplex minutio und dem andern Compositum deminutio gekommen wäre, da ja letztere beiden Wörter nach unserer obigen Annahme etwas ganz Anderes bedeuteten, wie diminutio; denn passten jene Wörter auch vielleicht auf die cap. dem. minima, so entsprachen sie doch der magna keineswegs. Umgekehrt, war die minutio des caput das ursprüngliche Wesen der cap. dem., d. h. nach unserem Ergebniss der minima, also die Schreibung deminutio die eigentliche, so kann man es sehr wohl begreifen, dass, nachdem man die civitatis amissio als cap. dem. qualificirt hatte, man für diese statt des ihrem Begriffe nicht entsprechenden Wortes deminutio diminutio setzte, weil sich mit ihr eine solche, d. h. eine Zerstörung des caput vollzog. Da sich aber eine einheitliche Schreibung, um äusserlich die Einheitlichkeit des Begriffes der cap. dem. aufrechtzuerhalten, empfahl, so bezeichnete man auch die minima als eine cap. diminutio. Und dafür mögen auch innere Gründe mitgesprochen haben. Denn bei der cap. dem. minima, welche im Laufe der Zeiten nur noch eine blosse familiae mutatio geworden war, wusste man nicht mehr, was hier in allen Fällen derselben gleichmässig verringert wurde, wie dies ja auch eben für uns nicht sofort ersichtlich ist; man kam auch bei ihr auf den Gedanken einer Zerstörung oder eines Verlustes, nämlich des Verlustes der bisherigen familia und mit demselben der Zerstörung der daraus sich ergebenden Rechte und Rechtsverhältnisse, ganz so, wie dies auch heute zum Theil die Auffassung der cap. dem. minima ist. Was war also natürlicher, als dass man die alte, unverständliche deminutio fallen liess und sie überall durch die allein zutreffende diminutio ersetzte?

Aber auch ein directer Beweis lässt sich für die Richtigkeit der Schreibung deminutio führen. Diminutio tritt erst in der nachclassischen Profanlitteratur auf, und von classischen Juristen sind es nur zwei spätere, soweit wir sehen können, welche den Ausdruck gebrauchen, nämlich Gajus in seinen Institutionen und Ulpian, welcher auch hierin, wie sonst, den Gajanischen Institutionen folgt, in seinen regulae; aber auch diese beiden verwenden ihn in den beiden Werken keineswegs durchweg, wenngleich überwiegend. [6]) In anderen Werken dieser beiden Juristen vollends, welche wir allerdings nur aus den Pandecten kennen, begegnet das Wort dim. nirgends,[7]) wie wir es in den Pandecten überhaupt nicht antreffen. Nun könnte man daraus schliessen, dass die Compilatoren eine einheitliche Schreibung durchgeführt hätten; indessen warum wechseln sie denn mit den Ausdrücken minutio und deminutio? Wenn sie insoweit den Text der einzelnen Juristen bewahrten, warum nicht auch im Uebrigen? Sie haben eben in den excerpirten Stellen dim. nicht gefunden. Denn auch Paulus in seinen S. R., soweit wir sie nicht aus den Pandecten überkommen haben, hat die Form dim. gar nicht, so dass es wahrscheinlich ist, dass nur wenige Juristen sich der neuen Form bedient, die meisten es vorgezogen haben, die althergebrachte Form dem. beizubehalten, selbst wenn sie ihnen nicht mehr zu dem Begriffe passend erschienen wäre; das lag so im römischen Charakter.[8]) Konnten sich doch sogar Gajus und Ulpian für gewöhnlich nicht von ihr lossagen! Was aber jedenfalls noch von Gewicht

[6]) Gajus hat dim. in: I, 158, 164, 170. II, 145. III, 21, 51, 84 (alle drei Mal aber neben dem.), 101, 114, 153. — dem.: ausser in III, 21, 51, 84 noch in: III, 83 und IV, 38; schliesslich minutio in III, 27. Ulpian hat dim. in: XI. 9, 11, 12. XXIII, 4. XXVIII, 9 (neben minutio). — dem. hat er gar nicht, minutio aber in XI, 7, 10; XXVII, 5.

[7]) Gajus hat sonst fast immer dem.: im edict. prov.: L. 8 D. 4, 5. L. 56 D. 7, 1; L. 7 D. 7, 5; L 3 D. 8, 6. ad leg. Jul. et Pap.: L. 8 D. 33, 1 (neben minutus in einer alten Formel), L. 13 D. 38, 16. fideicom.: L. 29 D. 33, 2. — min.: edict. prov. in L. 1 D. 4, 5. Ulpian hat sonst eben so oft min. wie dem.

[8]) Wenn Gajus diesen Character verleugnete, indem er zuerst mit der Tradition der Form dem. brach, so bin ich doch weit entfernt, ihn für einen asiatischen Provinzialjuristen zu halten. Sonst könnte auch dieser Umstand dafür sprechen, wie ja viele ähnliche diesem Zwecke dienen mussten; s. namentlich Kuntze, der Provinzialjurist Gajus, wissenschaftlich abgeschätzt. 1883.

sein dürfte, ist die Thatsache, dass die älteren Quellen die Form dim. ebenfalls nicht haben. Die ältesten, zu denen ich das praetorische Edict in L. 2 § 1 D. 4, 5, Caesar, Cicero und Livius, diesen auch in der fraglichen Stelle, rechne, haben insgesammt die hier vertheidigte Lesart dem.; Horaz mit seiner durch das Versmass bedingten Wendung capitis minor kann natürlich nicht in Betracht kommen. Erst der Jurist der Kaiserzeit, welchem Gellius I, 12, 9 folgt, schreibt bloss minutio, und damit stimmt überein, dass das legatum ususfructus mit der Clausel: quotiensque capite minutus erit, nicht vor Sabinus üblich wurde, wie oben ausgeführt ist. Darnach scheint der Gebrauch des Simplex erst aus dem Anfange der Kaiserzeit zu stammen. Im praetorischen Edicte aber war nur der officielle Name der cap. dem. möglich, und wenn Laien juristische Kunstausdrücke in wissenschaftlichen Werken anwenden, dann kann man sicher sein, dass sie über dieselben wohl informirt sind und sie mit streng wissenschaftlichem Namen anführen.

Streifen will ich auch noch die Thatsache, dass die cap. dem. minima als status mutatio definirt wird, eine Definition, welche gewiss ziemlich alt ist. Wäre nun die cap. dem. minima eine wahre diminutio gewesen, so würde man doch nicht diese Definition, sondern etwa die Definition: status amissio erwarten, und dies um so mehr, als ja die beiden andern Klassen ausdrücklich als amissiones angegeben werden. Gerade daraus, dass man an der status mutatio gegenüber der civitatis (et libertatis) amissio unentwegt festhielt, muss man schliessen, dass das ursprüngliche Wesen der cap. dem. keine amissio, keine dim., sondern eine dem. war.

Sonach glaube ich bewiesen zu haben, dass dem. die ursprüngliche Lesart ist, und dass es daher für die hier interessirende Frage gleichgiltig ist, welchen Begriff das Wort diminutio in Wahrheit vertritt. Das ursprüngliche Wesen der cap. dem. ist jedenfalls eine Verminderung des caput, nicht eine gänzliche Vernichtung desselben.

Ich muss nun aber noch nachtragen, dass Voigt [*]) nicht in den von mir angegebenen Stellen die frühesten Bekundungen der cap. dem. erblickt, sondern in einigen Stellen von Plautus

---

[*]) XII Tafeln II. § 73 N. 1.

und Terenz, und dass auch bei diesen die ältere Lesart doch die hier verworfene dim. gewesen sein soll. Er führt deren vier an; in zweien von ihnen steht allerdings: caput alci. deminuere; in einer aber heisst es: deminuere alci. cerebrum und in der letzten: alci. caput comminuere. Soll hier nun wirklich eine Anspielung — denn mehr kann es nicht sein — auf unser Institut vorliegen, so fragt es sich doch wohl erst noch: welches war denn nun die technische Form der ältesten Zeit: diminutio oder comminutio oder keine von beiden? Auf die eine zu rathen, ist willkürlich. Ich glaube aber, dass beide Dichter auch nicht im Entferntesten einen Anklang an unser Institut bezweckt haben, denn

1. der Ausdruck comminuere, welcher mit diminuere in obigen Wendungen identificirt wird, kommt in der Lehre von der cap. dem. nie vor; warum behielt Plautus, wollte er überhaupt anspielen, den geläufigen und technischen nicht bei?

2. Der Ausdruck cerebrum für caput beweist zur Genüge, dass caput ganz wörtlich und sinnlich zu nehmen ist; es ist eine derbe Drohung, wie sie der Volkswitz liebt. Mit dem Worte cerebrum spielt man doch aber nicht auf unser Institut an!

3. Einzig in seiner Art dürfte auch das Activum minuere mit verschiedenem Subject und Object sein, wenn es sich auf die cap. dem. beziehen soll; es wird sonst immer nur die passive Redeform: caput minuitur, capite minuitur, oder, wie bei Cicero, die mediale: se capite deminuere gebraucht.

4. Bei Plautus Rudens und bei Terenz Adelphi sagt es ein Herr zu seinem Sklaven; letzterer hat aber im Rechtssinne kein caput (s. unten). Trotzdem könnte man allerdings an eine bildliche Anwendung denken; aber an welche?

Ich finde in allen diesen Wendungen keine Anspielung und auch nicht die Möglichkeit einer solchen. Der einfache, wörtliche Sinn ist der beste und allein verständliche. Ich kann also ganz unbedenklich bei meinem oben gewonnenen Resultate bleiben, dass dem. die älteste und somit den Begriff der cap. dem. allein treffende Form ist.

Wir kommen jetzt zu der Bedeutung des Wortes caput, über welche lebhaft gestritten wird. Da ich mir vorgenommen habe, lediglich aus seiner Bedeutung das ursprüngliche Wesen

der cap. dem. erst abzuleiten, so stellt sich auch hier meine Aufgabe natürlich dahin, ganz unbekümmert um den Begriff der cap. dem. überhaupt und namentlich um den Begriff derselben, wie wir ihn im späteren classischen Rechte, zuerst bei Gajus, entwickelt finden, aus anderweiten Momenten den Begriff von caput festzustellen. Gelingt dies, so ist anzunehmen, dass der so gefundene Begriff von caput auch für die cap. dem., wenn auch nicht mehr im classischen Rechte, so doch ursprünglich, massgebend gewesen ist. Ich hoffe, auf diesem Wege zu einem sicherern Resultate zu gelangen, als wenn ich umgekehrt den Begriff des caput aus dem der cap. dem. bestimmen wollte, was allerdings die meisten neueren Schriftsteller, bewusst oder unbewusst, gethan haben, wobei denn bei der obwaltenden Verschiedenheit der Auffassung des Wesens der cap. dem. eine grosse Verschiedenheit der Begriffsbestimmung des caput nicht ausbleiben konnte. Nur das will ich hier vorwegnehmen, dass caput in dem Ausdrucke cap. dem. eine technische Bedeutung hat, was auch fast alle Neueren annehmen. Sollte aber diese technische Bedeutung sich nur in dem Ausdrucke cap. dem. finden? Sollte sie sonst nirgends weiter im römischen Rechte vorkommen? Das ist kaum zu glauben. Es ist auch bereits von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen worden, dass die technische Bedeutung des Wortes caput und seiner Ableitungen in den dem Strafrechte angehörigen Wendungen, wie capitis accusare, damnare, capitis oder capitalis causa, poena und anderen für seine Bedeutung in dem Ausdrucke cap. dem. beweisend ist. Ich halte dies für zutreffend und glaube sogar, dass sich in und mit dem Ausdrucke capitis poena der spätere allgemein technische Begriff von caput, wie er auch für die cap. dem. zutrifft, gebildet hat. Seine Entstehung denke ich mir in folgender Weise. Caput hat die Grundbedeutung von Haupt oder Kopf und ist in dieser im Strafrechte anfänglich im Gegensatz zur pecunia und anderen Strafen aufgetreten. Die ältesten Strafen waren die sacralen Delictsstrafen, deren es zwei capitale gab, das deo necari und die execratio capitis. [10]) Der also Bestrafte musste seine Missethat mit dem caput, seinem Kopfe, büssen: sein Haupt war den Göttern, gegen welche jeder Frevel

[10]) Voigt XII Tafeln I. § 51.

unmittelbar gerichtet galt, verfallen. Nur in der Vollziehung unterschieden sich beide Strafen. Das deo necari war ursprünglich die Todesstrafe mittels Enthauptung mit dem Beile, daher das Beil von jeher das Machtattribut der über Leben und Tod richtenden Könige war; es war also eine capitis poena im wahren und eigentlichen Sinne des Wortes. Später sah man das Wesentliche der capitis poena nicht mehr in der bebesonderen Vollziehungsart der Todesstrafe, sondern in dieser überhaupt, weil man in das Haupt den Sitz des Lebens verlegte, und bezeichnete daher jede, gleichviel wie vollzogene Todesstrafe also. Dieser Bedeutung lag demnach bereits eine Abstraction von der ursprünglichen Bedeutung zu Grunde. Sie erhielt sich in der römischen Sprache, ohne dass sich aus ihr noch eine andere Bedeutung entwickelt hätte. Die execratio capitis sodann weihte ebenfalls den Göttern das Haupt und damit das Leben des Schuldigen, in ähnlicher Weise, wie wenn der Schwörende für den Fall des Meineides der angerufenen Gottheit sein Haupt für verfallen erklärt und deren Strafe auf sein Haupt herabbeschwört, (per caput jurare); die execratio war also auch eine capitis poena, eine Todesstrafe. Aber der Unterschied von deo necari bestand darin, dass hier nicht die pontifices als die strafvollstreckenden Organe der beleidigten Gottheit erscheinen, sondern dass der letzteren der Strafvollzug selbst überlassen bleibt. Somit war der Act der execratio eine solenne Erklärung des Missethäters zu einem homo sacer, und die weltliche Folge war nur die, dass der Staat den Schuldigen aus seinem Gebiete und seiner Rechtsgemeinschaft ausstiess, um so das, weil von einem seiner Mitglieder verübte, von ihm selbst zu vertretene Delict den Göttern gegenüber zu sühnen und sich selbst zu reinigen, d. h. kurz gesagt, die Entziehung der civitas und des mit ihr gegebenen Anspruches auf staatlichen Schutz. Daher konnte ihn Jeder ungestraft tödten, und that dies Jemand, so erschien er als das von der Gottheit berufene Organ der von ihr beliebten Strafvollstreckung. Mit dem Schwinden dieses sacralen Elementes, wie es die Verweltlichung des Rechts, des fas, mit sich brachte, blieb nur die practische Seite der civitatis amissio übrig, während an die Stelle der Sacertätserklärung die profane aquae et ignis interdictio trat, welche den Gedanken des Bruches der Lebens- und

Staatsgemeinschaft verkörperte. So erklärt es sich aus den beiden ältesten Delictsstrafen, dass man später unter capitis poena ebenso die Todesstrafe, entsprechend dem obigen deo necari, wie die Strafe der Interdiction, der civitatis amissio, entsprechend der capitis execratio, verstand, indem caput in ersterer Beziehung das Leben, in letzterer die civitas bedeutete. Während man aber auf der einen Seite die für die beiden Strafen ursprünglich zutreffende Grundbedeutung von caput in dem Ausdrucke capitis poena nicht mehr zu erkennen vermochte und daher ganz vergessen hatte, suchte man nun weiter auf der anderen Seite ein den gemeinsamen Namen rechtfertigendes Moment auf und fand es in dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft der cives zur Strafe,[11]) gelangte also zu dem von caput vertretenen Begriff der civitas Romana, welcher namentlich von Cicero bezeugt ist.

Auch in einigen auf das Process- und insbesondere Strafprozessverfahren bezüglichen Ausdrücken erkennen wir diese Bedeutung von caput, wenigstens als die ursprüngliche, wieder, so in den Wendungen: in caput civis testimonium dicere[12])

---

[11]) Die Belege hierfür s. bei Voigt XII Tafeln I § 50 N. 11. Capitis poena hatte also einen engeren, nur die Todesstrafe bezeichnenden Sinn und einen weiteren, in welchem es diese und die Strafe der Civitätsentziehung umfasste. Im Sinne bloss von Todesstrafe findet es sich in den Pandecten z. B. bei Menander L. 6 § 4 D. 49, 16, Ulpian L. 9. D. 47, 11. L. 5 pr. D. 48, 19 und Marcian L. 4 (vgl. L. 28 § 13), L. 11 § 3 D. 48, 19; ebenso capitalis poena bei Menander L. 6 § 7 D. 49, 16; Ulpian L. 1 § 20 D. 48, 18 und Marcian L. 1 § 1 D. 48, 17; analog capital sc. crimen bei Menander L. 6 § 6 D. 49, 16. Der doppelten Bedeutung von capitis poena entspricht denn auch eine doppelte Bedeutung von caput in Verbindung mit Verben, wie punire (damnare, luere, plecti, accusare), aber mit dem Unterschiede, dass, wenn caput im Ablativ steht, in der Regel die Todesstrafe gemeint ist, so namentlich häufig im Tit. Dig. 48, 19 und 49, 16; dass hingegen, wenn caput im Genitiv steht, regelmässig die Wendung den obigen technischen Begriff enthält, so z. B. capitis punire bei Ulpian L. 14 § 6 (vgl. § 3, § 4) D. 38, 2 und capitis accusare wohl stets: Ulpian L. 14 § 3. L. 16 § 4 D. 38, 2.

[12]) L. 14 § 5 D. 38, 2; hier ergiebt sich die behauptete Bedeutung aus der Stelle selbst und aus ihrem Zusammenhange mit den vorstehenden §§ 3 u. 4 der L. 14.

oder torqueri[13]), d. h. in einer Processsache, in welcher es sich um die civitas eines Bürgers handelt, das caput auf dem Spiele steht, als Beweismittel dienen. Zwar die Anwendung der Folter fand seit Pius nöthigenfalls auch im Civilprocesse, in welchem es sich um eine res pecuniaria handelte, statt, was Severus später bestätigte[14]); aber dies ist unter der doppelten Voraussetzung zu verstehen, dass das Streitobject eine res hereditaria war[15]) und der Process das Erbrecht selbst betraf, wenn also z. B. behauptet ward, partum suppositum oder fratrem non esse, wodurch das Intestaterbrecht bestritten ward[16]), oder testamentum falsum esse[17]), bis Justinianus Constitution in L. 18 C. 9, 41 die letztere Voraussetzung, zwei Tage, nachdem er selbst noch nach ihr entschieden hatte (N. 15), fallen liess. Severus gestattete die quaestio, die peinliche Frage, auch im judicium tutelae[18]), was seinen Grund darin haben dürfte, dass die Verurtheilung des betrügerischen Vormundes diesen infam machte[19]), die bürgerliche Ehre aber zum caput mitgerechnet wurde[20]). Einem späteren Stadium dürfte auch die Zulässigkeit der Folterung in der liberalis causa angehören[21]), obwohl hier mit der Freiheit auch das caput des Bürgers in Frage kam. Vor diesem Rechtszustande aber, also wohl vor Pius, galt ungefähr das, was Augustus nach L. 8 pr. D. 48, 18 verordnet hatte, dass nämlich die Tortur nur bei Verfolgung von capitalia et atrociora maleficia zur Anwendung gelangen sollte. Aber, wenn man hier das Wort atrociora nicht conjunctiv, im erklärenden Sinne, nehmen will, war auch dies gewiss nicht das ursprüngliche Recht,

---

13) L. 6 § 1, § 2 D. 29, 5. Paulus S. R. I, 12, 4. V, 16, 3, 5, 6 und häufig im Tit. Dig. 48, 18.

14) L. 9 pr. D. 48, 18.

15) Paulus V, 15, 6 und 16, 2. L. 13 C. 9, 41, Diocletian. L. 1 § 1 C. 2, 58 Justinian.

16) L. 17 § 2 D. 48, 18 Papinian.

17) L. 10 C. 9, 41 Diocletian.

18) L. 1 § 3 D. 27, 3 Ulpian; L. 2 C. (9, 41) Severus et Anton; L. 34, D. 26, 7 Julius Aquila; Paulus V, 16, 2.

19) arg. L. 12 D. 26, 10 Julius Aquila.

20) Pernice Labeo S. 97. vgl. L. 103 D. 50, 16 Modestin.

21) arg. L. 10 § 6 D. 48, 18 Arcadius Charisius.

sondern war die Erstreckung auf gewisse maleficia atrociora, welche nicht capitalia waren, bereits eine Ausdehnung über das anfängliche Anwendungsgebiet hinaus, wie wir denn auch bei Cicero[22]) nur capitalia maleficia in diesem Zusammenhange antreffen[23]).

Hiernach sehe ich in dem Worte caput einen alten Kunstausdruck für die civitas Romana im subjectiven Sinne, für das römische Bürgerrecht. Da dieses die Grundlage und Bedingung aller Rechtsfähigkeit nach jus civile ist, so lag es nahe, das Wort caput von jener Ursache auf diese allgemeine Wirkung zu übertragen, und so bedeutete denn auch caput die Rechtsfähigkeit des römischen Bürgers, d. h. wie sie jeder römische Bürger als solcher von Anfang an hat, seine rechtliche Persönlichkeit in abstracto, sowohl als privatrechtliche wie als publicistische[24]). Caput hat also wie das Wort Rechtsfähigkeit in seinem wahren Sinne eine rein abstracte Bedeutung; caput ist die nach jus civile Quiritium dem civis und nur ihm, aber andererseits auch jedem civis principiell beiwohnende blosse Fähigkeit oder Befähigung (Macht, Potenz), Rechtssubject nach öffentlichem und Privatrecht, Rechtssubjekt überhaupt zu sein. Der Begriff von caput hat demnach mit den concreten Rechten, der Rechtszuständigkeit nichts oder vielmehr nichts Anderes zu thun, als dass er die nothwendige Bedingung derselben ist, was leider so vielfach verkannt und

---

22) part. orat. c. 34 § 117, 118. pro Sulla c. 28 § 78. pro Rosc. Amer. c. 41, 42. pro Cluent. c. 63 § 176. pro Mil. c. 22 § 59.

23) Ist es Zufall oder Absicht oder unbewusstes Sprachgefühl, dass Ulpian in L. 1 D. 48, 18 und insbesondere in den §§ 7—11, 13 und 14 immer nur von torqueri in caput alcjs. spricht, dagegen in § 12, wo es sich nicht um das caput eines civis, sondern um einen zu einer Capitalstrafe damnatus, also um einen Peregrinen zum Mindesten handelt, nur in eum torqueri sagt, und dass er auch in § 19 das Wort caput bei Sklaven vermeidet und kurz sagt: servi in se torquentur?

24) So auch Pernice Labeo S. 97. Baron Pand. § 25 (nicht so Inst. § 7). Cohn S. 390; schliesslich auch Rein. Privatr. S. 118: denn was den Menschen zum civis macht, ist eben die civitas, bez. sind die Erwerbsgründe derselben; alles Andere ist erst Folge der civitas. Ferner Lange röm. Alt. I § 39 und Brinz Pand. I § 52 a. E. Vgl. auch Walter röm. Rechtsg. § 457, welcher es nur an der Beschränkung auf die civitas fehlen lässt.

verwechselt wurde, zum Schaden namentlich für die Erkenntniss des Wesens der cap. dem.

Der von mir angenommene technische Begriff von caput wird nun allerdings nicht von allen Seiten gebilligt; es wird von Manchen bestritten, dass begrifflich das caput nur dem civis Romanus eigen sei, vielmehr behauptet, dass auch dem Nichtcivis, ja sogar dem Sklaven ein caput zukomme, und demgemäss wird unser Begriff theils für zu eng befunden, theils ganz und gar verworfen.

In ersterer Beziehung nehmen Walter[25]) und namentlich Kuntze[26]) ein vollkommenes und ein unvollkommenes caput, eine vollkommene und unvollkommene Rechtsfähigkeit nach römischem Rechte an. Ersteres hätten nur die cives oder Vollbürger gehabt, letzteres aber in frühester Zeit vor der Gründung des Staates der Quiriten, Plebejer und Clienten, später Latinen und Peregrinen. Caput würde darnach generell die Persönlichkeit überhaupt, speciell die Persönlichkeit nach irgend einem römischen Rechtssysteme sein, also nicht bloss nach dem des jus civile, sondern auch nach dem des jus gentium, also die Persönlichkeit ungefähr im Sinne des modernen Pandectenrechtes sein. Hiergegen lässt sich allerdings nur einwenden, dass in den Quellen nirgends Latinen oder Peregrinen ein caput zugeschrieben wird; aber es kommt doch noch hinzu, dass die cap. dem. ein streng nationales Rechtsinstitut war und auf Latinen und Peregrinen keine Anwendung erlitt, indem es stets die civitas Romana voraussetzte. Dies wäre doch auffallend, wenn der Begriff des caput, welches deminuirt werden kann, nicht bloss in der civitas Romana läge[27]).

Am Weitesten geht Voigt[28]), welcher jeden technisch-juristischen Begriff von caput leugnet, und zwar desshalb, weil zahlreiche Stellen auch dem Sklaven ein caput beimessen sollen. Er begnügt sich daher mit dem vulgären und sicher von caput vertretenen Begriff von Individuum und hält diesen auch für die Wendung cap. dem. für befriedigend und zutreffend. Nun

---

25) Röm. Rechtsg. § 457.
26) Cursus § 81. vgl. Excurse S. 428.
27) s. Böcking Pand. § 58 § b.
28) XII Tafeln II § 73 N. 2.

aber ist es in § 4 J. 1, 16, einer Stelle, welche jedenfalls dem Werke eines classischen Juristen entnommen ist, ausdrücklich bezeugt, dass der Sklave kein caput hat, und dass er daher auch keine cap. dem. erleiden kann. Dieses Zeugnisses entledigt sich Voigt in doppelter Weise; einmal wolle es nicht viel bedeuten gegenüber jenen vermeintlichen, zahlreichen das Gegentheil ergebenden Zeugnissen; sodann aber sei in obiger Stelle die Annahme einer Breviloquenz geboten, insofern dem Sklaven nicht allgemein das caput abgesprochen werde, sondern nur ein specielles caput, nämlich dasjenige, quod ad cap. dem. attinet. Aber dann hätte ja der Verfasser des § 4 cit. mit dem Satze: qui nullum caput habuit gar keine Begründung des Vorhergehenden gegeben, sondern sich in einem circulus vitiosus bewegt; namentlich aber nimmt Voigt mit dieser Auslegung des § 4, ohne dass er es merkt, seine eigene Behauptung wieder zurück und widerlegt sie selbst, wenn er für den Begriff des cap. dem. doch eine besondere eigenthümliche Bedeutung von caput annimmt, wenn es neben sonstigen Bedeutungen von caput doch noch ein caput giebt, quod ad cap. dem. attinet. Vor Allem jedoch sehe ich von den zahlreichen Sentenzen, welche dem Sklaven ein caput nach Voigt zuschreiben, keine einzige; wohl aber ist ersichtlich, dass Voigt verschiedene Bedeutungen von caput zusammenwirft und verwechselt, ein Fehler, in welchen noch Andere unter der Hand verfallen sind.

Caput wird einerseits mit dem Genitiv der Person als pars pro toto für diese selbst verwendet[29]), andrerseits steht es absolut und heisst das Individuum; im letzteren Sinne ist jedes mit einem Kopfe versehene oder beseelte Geschöpf, Mensch wie Thier, ein caput. Die letztere absolute Bedeutung ergab sich aus der ersteren dadurch, dass man den Genitiv

[29]) s. Voigt a. a. O. ferner z. B. pretium pro capite servi in L. 16 pr. D. 33, 8. L. 50 § 3 D. 15, 1. L. 28 § 1 D. 24, 1; sodann Plaut. Merc. I, 2, 41: liberum tibi caput faciam = liberum tuum caput faciam, ich werde dich frei machen. Desgl. gehört hierher, was Voigt ebenfalls fälschlich unter die zweite Bedeutung stellt, das: dando se in arrogationem — cum capite fortunas quoque suas — transfert der L. 11 § 2 D. 37. 11, da hier zu capite ein ‚suo' aus dem folgenden suas zu ergänzen ist und das Possessiv den Genitiv vertritt.

der betreffenden Person als sich von selbst verstehend wegliess, so z. B. namentlich in den Sentenzen, in welchen caput das Persönliche des Einzelnen im Gegensatze zum Vermögen ausdrückt[30]), nämlich noxa caput (sc. filii fam. vel servi) sequitur und obligatio cum capite (sc. debitoris) ambulat[31]). Im ersteren Falle steht caput accusativisch: die Person hat ein Haupt, im zweiten prädicativisch: die Person (das Thier) ist ein Individuum. Dass das Wort caput in diesen beiden Bedeutungen auch auf den Sklaven bezogen wird, dass von ihm ausgesagt wird (N. 29 und 31), sowohl dass er ein caput hat, wenn es ganz wörtlich zu nehmen ist, als auch dass er ein caput ist, wenn es abstract das lebende Wesen bedeutet, ist nichts Wunderbares. Wenn aber in § 4 J. cit. 1, 16 vom Sklaven gesagt wird: nullum caput habet, so steht caput hier offenbar weder in der einen, noch in der andern Bedeutung, sondern in einer dritten, eben unserer technischen Bedeutung, und es ist ganz unerklärlich, wie Voigt in dieser Stelle einen Widerspruch zu den obigen finden will. Sie gehören gar nicht zusammen, und wer sie zusammenstellt, verwechselt eben die Bedeutungsverschiedenheit von caput. Diese zeigt sich rein äusserlich darin, dass, wenn caput die Rechtsfähigkeit bedeutet, sie das Subject hat, wenn es aber Individuum heisst, dieses das Subject ist. Das ist ein wesentlicher Unterschied, den Voigt überall übersieht, und dessen Gleichgiltigkeit uns z. B. auch Kuntze, der doch sonst die technische Bedeutung von caput annimmt, glauben machen will, wenn er Excurse S. 428 sagt: „dass der Peregrine oder Latine kein caput habe (sei)“, während er vorher immer nur vom caput, welches man hat, gesprochen hat. Paulus in L. 3 § 1 D. cit. 4. 5 gebraucht mit dem Ausdrucke servile caput genau dieselbe Umschreibung für servus, wie häufig liberum caput für (homo) liber steht, wo allerdings liber = liber ex jure Quiritium heisst[32]), also den civis bedeutet; aber eben diese Bedeutung liegt nicht in dem Worte

---

30) so Huschke Servius Tullius S. 202.

31) In dieser Bedeutung wird caput auch vom Sklaven gesagt; so bei Livius XXIX, 29, 4: octo millia liberorum servorumque capitum sunt capta; L. 3 § 1 D. 4, 5: servile caput nullum jus habet.

32) Voigt XII Tafeln II § 76 N. 5.

caput, sondern liber. Paulus hätte statt des obigen Satzes ebensogut sagen können: servile caput nullum caput habet, ohne damit in einen Widerspruch zu gerathen. Stellen aber, in welchen dem Sklaven ein caput in unserm technischen Sinne zugesprochen wird, hat Voigt nicht angeführt, die das Gegentheil lehrende Stelle aber nicht zu entkräften vermocht. Damit ist erwiesen, dass die Bedeutung von caput als Individuum in der Lehre von der cap. dem. nicht verwendbar ist und nicht zutrifft, wie dies Voigt thatsächlich selbst zugiebt, sondern dass caput überhaupt und insbesondere in dem Ausdrucke cap. dem. die von mir angegebene Bedeutung hat. In letzterer Beziehung sagt es § 4 J. cit. ausdrücklich, dass der Sklave durch Manumission desshalb keine cap. dem. erleidet, weil er kein caput hatte; dieselbe technische Bedeutung, welche im letzteren Satze dem Worte caput zukommen muss, muss darnach auch für das Wort in dem Ausdrucke cap. dem. zutreffen. Der Name cap. dem. wäre auch sonst zu farblos und matt und träfe bei Weitem nicht den Begriff derselben.

§ 5.

Der Begriff von caput nach den Ansichten der Neueren.

Die bei Weitem grösste Anzahl der neueren Juristen setzt nun auch das caput in die Rechtsfähigkeit, hält also das Wort für einen technischen Terminus; aber alle ausser den oben genannten fassen das Wort Rechtsfähigkeit in einem zum Theil ganz falschen Sinne auf, und dies hat seinen Grund darin, dass sie insgesammt unter dem Einflusse der Lehre des späteren classischen Rechtes von der dreifachen cap. dem. stehen und aus dem Wesen jeder einzelnen Klasse heraus den Begriff des caput bestimmen wollen. Dieser Einfluss hat aber gänzlich irregeführt. Befreit man ihre Ansichten über den Begriff des caput von allem irrigen und unrichtigen Beiwerk und legt man ihren wahren Kern bloss, so ergiebt sich auch nach ihnen zum Theil der von mir vertretene Begriff des caput. Ich weise dies im Folgenden an den hauptsächlichsten Ansichten nach; ich rechne zu diesen drei, welche ich an die Spitze der Erörterung stelle.

1. Aeltere Juristen, von denen ich nur Schilling[1]) nenne, und von Neueren, soweit ich sehe, nur Wächter[2]) nehmen entsprechend der dreifachen cap. dem. auch ein dreifaches caput an im Sinne einer dreifachen Rechtsfähigkeit, der durch die libertas, der durch die civitas und der durch die familia bedingten Rechtsfähigkeit, wobei familia den Agnationsverband bedeuten soll.
2. Nach einer andern Ansicht, als deren Hauptvertreter Puchta[3]) anzusehen ist, stellt das caput nur einen Begriff dar, nämlich den der Rechtsfähigkeit, wie sie sich durch die drei Elemente libertas, civitas und familia bestimmt, oder, um mit Puchta's eigenen Worten zu reden, der Rechtsfähigkeit in Beziehung auf jene drei Bedingungen, von denen familia, wie oben, die Agnatenfamilie bezeichnen soll.
3. Böcking[4]) und wer ihm folgt setzt den Begriff des caput in die Eigenschaft des Einzelnen, in seiner Person eine bestimmte Familie vorzustellen oder Oberhaupt einer solchen zu sein oder ihr als freies Mitglied anzugehören; oder auch in die durch solche Eigenschaft bedingte Rechtsfähigkeit; er fasst also familia bloss als die familia proprio jure auf.

Die Vertreter aller dieser Ansichten nehmen die dreifache cap. dem. des späteren classischen Rechtes zum Ausgangspunkte; Puchta allerdings nicht zum alleinigen und unmittelbaren. Er holte weiter aus für die Bestimmung des Begriffes von caput, indem er auf die Ansicht von Hotomanus[5]) zurückging und von dieser aus in die von den Andern betretene Bahn einlenkte. Darnach soll caput in erster Linie die Person als Mitglied einer Gesammtheit Gleichgestellter bedeuten, was ja eine ganz willkürliche und obenein unrichtige Behauptung ist, weil sie der vulgären Bedeutung von Individuum widerspricht.

---

[1]) Lehrb. II (Inst.) § 32, vgl. § 26.
[2]) Pand. I § 43.
[3]) Inst. II § 220.
[4]) Pand. § 58.
[5]) s. bei Savigny Syst. II S. 513.

Sehen wir aber hiervon ab und gehen auf die weitere Begriffsentwicklung bei Puchta ein, so stellt er hierzu den Untersatz, dass das Wort Person zugleich in dem Sinne von Persönlichkeit gebraucht wird, und zieht daraus den Schluss, dass caput die Persönlichkeit bezeichnet, wie sie sich durch die Mitgliedschaft in einer Gesammtheit von Rechtsgenossen bestimmt. Soweit bewegt sich die Deduction in Unabhängigkeit von der cap. dem.; weiter aber auch nicht. Puchta nimmt nun nämlich nicht eine beliebige Gesammtheit von Rechtsgenossen an, wie man es nach dem Bisherigen erwarten durfte, etwa die Gesammtheit der Patricier, welche das alte jus publicum gemeinsam hatten, oder der Plebejer, der Latinen und Anderer, sondern bloss die drei Kreise von Rechtsgenossen, welche durch die Worte libertas, civitas, familia bezeichnet werden sollen, wobei zu bemängeln ist, dass das Wort libertas die Gesammtheit der Freien garnicht bezeichnet. Man sieht deutlich, dass Puchta bei der Lehre von der cap. dem. wirklich angelangt ist. Nun aber begeht er wieder eine Willkürlichkeit. Bezeichnet caput die Persönlichkeit in Beziehung auf eine Gesammtheit von Rechtsgenossen, so kann es allerdings, wie er will, die Persönlichkeit in Beziehung auf die drei Bedingungen libertas, civitas und familia zusammen, also die Persönlichkeit aller derer bezeichnen, welche alle drei Bedingungen in sich vereinigen; man sieht aber nicht ein, warum caput nicht auch die Persönlichkeit bloss in Beziehung auf jede einzelne Bedingung für sich sein soll, d. h. warum man nicht von dem von Puchta eingenommenen Standpunkte aus ein dreifaches caput annehmen sollte. Dass Puchta dies nicht thut, hat seinen Grund in der besonderen Art und Weise, wie er aus dem Wesen der dreifachen cap. dem. heraus zu seinem Begriffe von caput gelangt.

Es ist also richtig, dass die Vertreter der oben aufgeführten drei Ansichten das caput im Anschluss an die dreifache cap. dem. des späteren classischen Rechtes bestimmen. Darin läge, rein äusserlich betrachtet, eine gewisse Berechtigung; denn in jeder einzelnen Klasse müsste, wenn sie eben eine cap. dem. sein soll, das gleiche caput berührt werden, das caput überall dasselbe sein und in derselben Bedeutung wiederkehren; nur unter dieser Voraussetzung rechtfertigt sich

der gleiche Name cap. dem. für alle drei Klassen. Anstatt nun aber das allen drei Klassen gemeinschaftliche Moment aufzusuchen und in dieses den Begriff des caput zu setzen, wie es das natürliche und logische Verfahren wäre, schlugen sowohl Schilling und Wächter als auch Puchta den gerade entgegengesetzten Weg ein, indem sie das jeder einzelnen Klasse eigenthümliche, ihr besonderes Wesen bestimmende Moment herausgriffen, im Uebrigen aber insofern getrennte Wege wandelten, als Schilling und Wächter darauf verzichteten, auf diese Weise einen einigen Begriff von caput zu erzielen und daher ein dreifaches caput annahmen, während Puchta alle drei verschiedenen Momente, libertas, civitas und familia rein äusserlich als die nothwendigen drei Bedingungen eines einzigen caput zusammenfasste, wobei er freilich, wie solche Cumulation der Bedingungen deutlich zeigt, einen ganz anderen Begriff von caput zu gewinnen hoffte, als er thatsächlich erzielte. Denn da libertas, civitas und familia Kreise von Rechtsgenossen darstellen sollten und insbesondere familia den einzelnen Agnatenkreis oder die einzelne Agnatenfamilie bedeuten sollte, aus welcher der zu Deminuirende zufolge familiae mutatio austrat, so trafen alle drei Bedingungen, Zugehörigkeit zu dem Kreise der liberi, cives und familiares, nur bei den Angehörigen einer einzelnen römischen Familie ein, und caput wäre daher nichts weiter als die durch die Zugehörigkeit zu der einzelnen römischen Agnatenfamilie bedingte Rechtsfähigkeit des einzelnen Agnaten. Puchta schränkt doch die durch die libertas bestimmte Rechtsfähigkeit durch das zweite Erforderniss der civitas auf die Rechtsfähigkeit nach jus civile ein, und diese wiederum durch das dritte Erforderniss der familia, der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Agnatenfamilie auf die durch diese familia bestimmte Rechtsfähigkeit ein. Da aber familia im juristischen Sinne nur der civis, welcher zugleich nothwendig liber ist, hat, so sind in der That mit der einen Bedingung der familia zugleich auch die beiden andern Bedingungen, wie sie für die Rechtsfähigkeit erfordert werden, gegeben. Puchta stellt also keinen andern Begriff von caput auf, als Schilling mit seinem dritten caput, mit dem caput in seiner dritten, der cap. dem. minima entsprechenden Bedeutung, und es hätte für Puchta nicht erst des Ausgangspunktes aller

drei Klassen der cap. dem. zur Bestimmung des Begriffes von caput bedurft, sondern nur des einen der cap. dem. minima, so dass seine drei Bedingungen des caput sich lediglich auf eine einzige reduciren. Den Begriff des caput als der durch die familia bedingten Rechtsfähigkeit nimmt nun auch Böcking an, indem er von Anfang an sich nach dem alle drei Klassen der cap. dem. gemeinschaftlichen Momente umsah und dieses in der amissio familiae, dem Verluste der Stellung in dem bisherigen bestimmten Familienkreise, fand. Im Einzelnen freilich weichen Schilling und Puchta einerseits und Böcking andererseits in der Auffassung des durch das Wort familia gegebenen Kreises und in der Bedeutung des durch die familia bestimmten caput von einander ab. Bevor wir aber auf dieses caput näher eingehen, ist es nothwendig, den Blick zuerst auf die beiden ersten Bedeutungen von caput, wie sie Schilling und Wächter angeben, zu lenken.

Nach ihnen soll caput in seiner ersten, der cap. dem. maxima entsprechenden Bedeutung die durch die libertas bedingte Rechtsfähigkeit bedeuten. In gleicher Weise, d. h. in Anlehnung an die cap. dem. maxima fasst auch Puchta die libertas als eine Bedingung des caput auf, während Böcking zwar ebenfalls aus der cap. dem. maxima den Begriff der bloss durch die libertas bedingten Rechtsfähigkeit ableitet, aber diese Rechtsfähigkeit nicht mit dem Namen caput belegt. Hierbei ist aber Allen unvermerkt eine Ungenauigkeit untergelaufen, welche geradezu für die Bestimmung des Begriffes von caput zu einem Fehler führte. Man setzte nämlich allgemein das Wesen der cap. dem. maxima fälschlich bloss in die libertatis amissio, während sie nach den Quellen eine amissio et civitatis et libertatis ist. [6]) In Folge dieses Versehens nahm Schilling auch ein caput an, welches allein die libertas gewährte, und stellte Puchta die libertas als die erste Bedingung des caput auf, während Böcking hier richtig das Wort caput fernhielt. Nun ist allerdings die libertas für sich allein und ohne die civitas, d. h. ohne libertas ex jure Quiritium zu sein, die Voraussetzung

---

[6]) Die entgegenstehende Ansicht Cohns (S. 45 ff.) kann man getrost ohne Weiteres als unrichtig bezeichnen, da Alles, auch was er selbst anführt, gegen ihn spricht.

für eine Persönlichkeit, nämlich für die nach dem römischen jus gentium, d. h. für die Persönlichkeit des Peregrinen; aber abgesehen davon, dass, wie oben bemerkt, die Römer dem Peregrinen kein caput zuschrieben, so ist doch vor Allem solche Bedeutung von caput nicht aus dem Wesen der cap. dem. maxima zu schliessen, wie es doch unsere Schriftsteller thun wollen, weil, wie gesagt, hier nicht die libertas allein, die libertas ex jure gentium, sondern immer nur mit und in der civitas, also die libertas ex jure civili zerstört wird. Daraus ergiebt sich, dass das der cap. dem. maxima entsprechende caput kein anderes ist, als das der media entsprechende, was ja schon die Zusammenfassung beider zur cap. dem. magna beweist, d. h. den Begriff hat, welchen ich ihm allein vindicirt habe. Damit fällt das eine und erste caput von Schilling fort, und das Puchtasche caput verliert die eine seiner drei Bedingungen, welche ja schon an und für sich überflüssig ist. Gegen die zweite Bedeutung von caput bei Schilling habe ich natürlich ebensowenig etwas einzuwenden, als gegen die zweite Bedingung des caput bei Puchta, und so bleibt nur übrig, die dritte Bedingung des caput, die familia, nach den drei Ansichten ins Auge zu fassen. Ich beginne mit den beiden oben zuerst aufgeführten von Schilling und Puchta, da sie das Wort familia in demselben Sinne nehmen und im Grunde auch denselben Begriff von caput annehmen.

Familia bedeutet in der Lehre von der cap. dem. minima, welche ja nach classischem Rechte eine familiae mutatio ist, nach Schilling und Puchta die Agnatenfamilie, den Agnatenkreis, und zwar die einzelne concrete Agnatenfamilie, welcher der zu Deminuirende angehört. Indem die familiae mutatio auf der einen Seite immer eine familiae amissio ist, wird das Wesen der cap. dem. minima in den Verlust der bisherigen familia, in das Austreten aus dem bisherigen Agnatenkreise gesetzt. Wenn also das caput, die Rechtsfähigkeit, ganz (nach Schilling) oder vermeintlich nur theilweise (nach Puchta) durch die familia bedingt sein soll, so kann dies nur heissen, dass sich die Rechtsfähigkeit des Einzelnen durch seine Zugehörigkeit zu einer ganz bestimmten Agnatenfamilie bestimmt. Wer die Mitgliedschaft in dieser verlöre, verlöre auch diese seine bisherige Rechtsfähigkeit, und folgeweise entbehrte jeder nicht

zu dieser bestimmten Agnatenfamilie Gehörige die Rechtsfähigkeit, welche die Mitglieder derselben hätten. Jede einzelne Agnatenfamilie gewährte darnach eine eigene Rechtsfähigkeit, und diejenigen, welche der einen Familie angehören, müssten eine ganz andere Rechtsfähigkeit haben, als diejenigen, welche einer andern Familie angehören, und beide wiederum eine andere, als die Mitglieder einer dritten Familie u. s. w. Mit andern Worten: der cap. dem. minima entspräche nicht ein caput, eine Rechtsfähigkeit, sondern soviele verschiedene Arten derselben, als im römischen Staate Agnatenfamilien vorhanden wären; es gäbe also ein tausendfaches caput, eine tausendfache Rechtsfähigkeit. Dass dies nicht der Caput-Begriff des römischen jus civile ist, ist klar. Zunächst wird hier das Wort Rechtsfähigkeit, wenn es wirklich die abstracte Fähigkeit bezeichnen soll, Rechte auf Grund einer Rechtsordnung zu haben, in einem ungewöhnlichen Sinne genommen, und sodann trifft dieser bestenfalls ungewöhnliche Sinn für die cap. dem. minima, welche doch diese Rechtsfähigkeit berühren soll, garnicht zu. Mit dem Worte Rechtsfähigkeit verbinden wir nicht den Begriff der dem Einzelnen nach irgend einer Rechtsordnung zukommenden Fähigkeit, Subject von Rechten zu sein, sondern den Begriff der dem Einzelnen vom Staate kraft seiner Rechtsordnung, oder, wenn man, wie für den römischen Staat, verschiedene Rechtsordnungen, wie das jus publicum als das alte Sonderrecht der Patricier, das jus civile und das jus gentium, zu unterscheiden hat, kraft einer seiner mehreren Rechtsordnungen verliehenen Eigenschaft, mögliches Subject von Rechten zu sein. Die Rechtsfähigkeit in ihrem gewöhnlichen Verstande setzt also immer einen Staat und eine staatliche Rechtsordnung voraus. Die Rechtsfähigkeit nach römischem Rechte muss sich demnach nach einer der genannten drei Rechtsordnungen bestimmen. Nun aber kann es allerdings auch eine eigene, particuläre Familienrechtsordnung geben, an welche Puchta für seinen Begriff der durch die familia bedingten Rechtsfähigkeit denkt;[7]) man spricht dann von einem Familienstatut, einem Hausgesetze und dergleichen; und insofern könnte

---

[7]) s. Inst. II. § 219 a. A.

man von einer Rechtsfähigkeit, wie sie sich aus dieser particulären Rechtsordnung ergiebt, also von einer lediglich auf die Familienangehörigkeit gegründeten Rechtsfähigkeit reden. Doch dies wäre zum Mindesten eine ungewöhnliche und uneigentliche Bedeutung. Aber selbst diese uneigentliche Rechtsfähigkeit hat mit der cap. dem. minima nichts zu thun, es müsste denn sein, dass man zugleich annimmt, dass das Institut der cap. dem. überhaupt oder wenigstens das der cap. dem. minima ein familienrechtliches in diesem Sinne, d. h. ein familienstatutarisches, ein vom Standpunkte der einzelnen Agnatenfamilien aus materiell vielleicht identisches, formell aber jedenfalls verschiedenes Rechtsinstitut der einzelnen Familienrechtsordnungen sei. Die Consequenz solcher Annahme wird aber Niemand ziehen wollen. Die cap. dem. ist in allen ihren Klassen ein Rechtsinstitut des jus civile proprium Romanorum, und wer daher aus der cap. dem. minima den Begriff des caput ableiten will, wird umsomehr anerkennen und damit rechnen müssen, dass caput ebenfalls die Rechtsfähigkeit nach jus civile ist, und dass sie als solche bei jedem civis vorhanden und dieselbe ist. Dasselbe Resultat ergiebt sich aber, wenn man zusieht, was Schilling und Puchta unter der durch die familia, die einzelne Agnatenfamilie, bedingten Rechtsfähigkeit im Grunde verstehen. Durch die cap. dem. minima soll deswegen die Rechtsfähigkeit zerstört werden, weil der Minuirte seine durch die Mitgliedschaft in der bisherigen Agnatenfamilie erworbenen Rechte, darunter namentlich das wichtige Intestaterbrecht, verliert. Nun setzt zwar alles Rechtehaben natürlich die Rechtsfähigkeit voraus; aber wie das Intestaterbrecht nicht auf particulärem Familienrecht beruht, sondern auf dem gemeinen Rechte, dem jus civile der zwölf Tafeln, so ist auch die Rechtsfähigkeit des Erbberechtigten juris civilis, bestimmt sich also nicht durch die Familienangehörigkeit als solche, sondern durch seine Theilnahme am jus civile, durch seine Civität. Ich kann daher in der Definition des caput als der durch die familia, d. h. durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten einzelnen Agnatenfamilie bedingten Rechtsfähigkeit nichts Anderes erblicken als das Zugrundeliegen einer Verwechslung der Rechtsfähigkeit mit den concreten Rechten, Anwartschaften, Rechtsverhältnissen, welche insgesammt erst die Rechtsfähigkeit voraussetzen, einer Ver-

wechslung der abstracten Fähigkeit, überhaupt irgend welche Rechte zu haben, gleichviel ob man concrete Rechte bereits erworben hat oder nicht, mit der practischen Bethätigung derselben, wie sie sich in der Zuständigkeit bestimmter, einzelner Rechte zeigt, der möglichen, bloss ideellen Rechtssubjectivität mit der Eigenschaft, wirkliches Subject eines bereits ins Leben gerufenen Rechtes zu sein, der Ursache mit der Wirkung. Wer aus seiner bisherigen Agnatenfamilie austritt, verliert gewiss die auf der Mitgliedschaft in ihr beruhenden Rechte, aber seine Rechtsfähigkeit hängt von diesen Rechten nicht ab; sie gewähren und geben ihm nicht erst die Rechtsfähigkeit, sondern setzen sie nur voraus. Daher geht mit den Rechten nicht zugleich die Rechtsfähigkeit selbst begrifflich unter. Die gerügte Verwechslung der Rechtsfähigkeit mit den concreten Rechten ist nun aber, sehr zum Schaden für die Lehre von der cap. dem., gerade in dieser gleichsam zu Hause. Bei weitem die meisten neueren Schriftsteller gebrauchen das Wort nicht in seiner wahren Bedeutung, wie ich sie oben angegeben habe, sondern verwechseln diese mit einer ganz anderen falschen, indem theils die Fähigkeit, eigenes Vermögen zu haben, oder was damit zusammentrifft, die Unabhängigkeit von der väterlichen Gewalt,[8]) theils aber und namentlich die Zuständigkeit concreter Rechte darunter verstanden wird. Der letzteren Verwechslung machen sich nicht nur Schilling, Wächter, Puchta und Alle, welche diesen in der Begriffsbestimmung des caput folgen, sondern auch solche Schriftsteller schuldig, welche, wie Pernice, den richtigen Begriff von caput vertreten; denn auch Pernice [8a]) verlässt ihn wieder bei der Bestimmung des Wesens der cap. dem. minima augenscheinlich, wenn er sie definirt als „das Aufgeben der früheren die Persönlichkeit bedingenden rechtlichen Lage und, was damit innerhalb Roms identisch ist, der Familie", wenn er „in der Ablösung von der Agnatenfamilie als solcher nach römischer Vorstellung ein Moment" findet, „welches dieselbe zur Gleichstellung mit dem Tode (und desshalb zur cap. dem.) qualifizirte", und wenn er dieses Moment in der patria potestas dergestalt sucht, dass mit Aufhebung

---

[8]) Das ist bekanntlich bei Savigny der Fall.
[8a]) Labeo I S. 176.

derselben „die bisher bestandenen Rechtsverhältnisse aufgehoben werden.“ Aber auch bei Puchta ist die von ihm gegebene Begriffsbestimmung von caput um so auffallender, als sie im Widerspruche mit der wiederholten Versicherung steht, dass die auf die Familie bezügliche cap. dem., also die minima, nach neuerem römischen Rechte keine Veränderung der Rechtsfähigkeit ist, dass die familia nicht mehr die Rechtsfähigkeit bestimmt. Warum bezeichnet er trotz dieser Erkenntniss immer noch die familia als eine wesentliche Bedingung des caput? Warum lässt er sie nicht einfach, wie man darnach erwarten sollte, in der Definition des caput fort? Wenn er es nicht gethan hat, so muss man eben annehmen, dass der von ihm aufgestellte Begriff des caput auch noch für das classische Recht zutreffen soll. Zwar nimmt er an, dass der Begriff der Rechtsfähigkeit nach älterem Rechte ein anderer gewesen sei;[9]) aber für diesen ursprünglichen Begriff hält er ebenfalls an der Bedingung der familia fest, freilich nicht mehr der Agnatenfamilie, sondern der Gentilfamilie, aber auch hier nur so, dass er sich ein particuläres Privatrecht der einzelnen gens denkt, nach welchem die Privatrechtsfähigkeit nur dem zu dieser bestimmten gens gehörigen Gentilen zugestanden haben soll, während alle Draussenstehenden, alle Mitglieder anderer gentes, dieser Privatrechtsfähigkeit entrathen haben sollen: eine vielfältige Privatrechtsfähigkeit, verschieden je nach der Zugehörigkeit zur einzelnen gens.[10]) Und diese vielfältige Privatrechtsfähigkeit, welche im Gegensatze steht zu der einheitlichen politischen Rechtsfähigkeit, beruht wieder nur auf den rechtlichen Beziehungen der Gentilen zu einander und insbesondere auf ihrem gegenseitigen Vormundschafts- und Erbrechte, während doch diese Rechte nicht einem eigenen particulären Rechtssysteme der einzelnen gens entspringen, sondern dem gemeinen Gentilrechte, dem alten patricischen jus publicum, und sich daher nach diesem allein die Rechtsfähigkeit des Patriciers bestimmt. Es ist gegen diese Puchtasche Ansicht genau dasselbe zu sagen, wie oben in Bezug auf die particuläre Agnatenfamilien-Rechtsordnung. Nur soviel kann Puchta zugegeben werden, dass vor

---

[9]) Inst. II, § 219 a. A.

[10]) Er stimmt hierin mit Lange (s. oben S. 5) überein.

der Gründung des römischen Geschlechterstaates, bevor also die einzelnen gentes zu einem Staatsverbande mit einheitlicher Rechtsordnung geeint waren, jede einzelne gens als eine abgeschlossene Einheit mit formell verschiedener Rechtsordnung erschien, da es an einer höheren Einheit und an einer höheren, über allen gentes stehenden Rechtsordnung gebrach, wenn man für diese vorstaatliche patriarchalische Zeit überhaupt von einem Rechte und einer Rechtsordnung sprechen kann und will. Mit der Vollziehung jener Einigung aber, mit der Gründung des Staates griff die staatliche Rechtsordnung Platz, und nach dieser bestimmte sich politische und Privatrechtsfähigkeit in gleicher Weise; die bisherige Rechtsordnung der einzelnen gens ging in der staatlichen auf und unter. Ich finde den Grund dieser falschen Auffassung der Rechtsfähigkeit lediglich in dem natürlichen, aber irreleitenden Streben, das caput im Anschlusse an die dreifache cap. dem. des späteren classischen Rechtes zu bestimmen. Man erkannte, und das lehrte ja auch die cap. dem. magna, ganz richtig, dass das Wort caput die Rechtsfähigkeit bedeutete, und suchte daher auch für die cap. dem. minima, ihrem Namen Rechnung tragend, eine Beziehung zur Rechtsfähigkeit herzustellen. Man verkannte aber grösstentheils völlig, dass die cap. dem. minima nach classischem Rechte gar nicht die Rechtsfähigkeit berührte, und wo man dessen vielleicht inne wurde, da stand man vor einem Räthsel, dessen Lösungsversuch doch wieder nur ein Versuch war, die blosse familiae mutatio nach classischem Rechte als einen die Rechtsfähigkeit beeinflussenden Vorgang hinzustellen, wohin ich z. B. die Versuche von Pernice und Scheurl[11]) rechne. Nur Wenigen ging die Erkenntniss auf, dass die Lösung des Räthsels nur auf geschichtlichem Wege möglich ist, dass sich bei der cap. dem. im Lauf der Zeiten etwas geändert haben muss. Aber wer, wie Puchta und Kuntze,[12]) der Lösungsfrage näher trat, der scheiterte doch daran, dass er die familiae mutatio als das ursprüngliche Wesen der cap. dem. minima ansah und so von der cap. dem. minima des classischen Rechtes nicht loskam.

---

[11]) Beiträge zur Bearb. des röm. R. S. 232 ff.

[12]) Auf den Gedanken von Kuntze (Excurse S. 101) geht auch Brinz Pand. I § 54 ein.

Daher ist es bedenklich und gefahrvoll, ja eigentlich unmöglich, aus dem Wesen der cap. dem. nach classischem Rechte, unmittelbar oder mittelbar, das Wesen des caput abzuleiten, und daher habe ich diesen Versuch von Anfang an vermieden, um nicht auf Irrwege zu gerathen.

Wir haben gesehen, dass, wenn Puchta das caput als die Persönlichkeit in Beziehung auf ihre drei Bedingungen libertas, civitas und familia definirt, darunter nur die durch die familia bedingte Persönlichkeit verstanden werden kann, dass Puchta ferner unter familia die einzelne Agnatenfamilie versteht, sonach für die Angehörigen jeder einzelnen Agnatenfamilie eine besondere, eigene Persönlichkeit annimmt, thatsächlich aber die Persönlichkeit des Einzelnen mit seinen auf der Mitgliedschaft in der Agnatenfamilie beruhenden concreten civilen Rechten verwechselt. Dies ergab die Consequenz der Puchta'schen Aufstellung. Nun aber ist ersichtlich, dass Puchta eine solche Bedeutung seinem Begriffe von caput gar nicht beimessen wollte; er hat nicht ohne Grund das caput auf drei Bedingungen gestellt. Er scheint mir damit andeuten zu wollen, nicht bloss, dass jeder Bürger ein caput habe, sondern auch, dass jeder Bürger das caput, d. h. dasselbe caput habe, und dass daher bei jedem Bürger die drei angegebenen Bedingungen der Rechtsfähigkeit, wie diese selbst, in gleicher Weise zutreffen sollten. Wie jeder Bürger dieselbe libertas (ex jure Quiritium) und dieselbe civitas hat, so soll auch jeder dieselbe familia haben. Daher kann und soll in jener Puchta'schen Definition des caput das Wort familia nicht die concrete Bedeutung haben, welche es in der Wendung familiae mutatio und in der Lehre von der cap. dem. minima hat, sondern es muss eine andere Bedeutung haben, welche parallel der Bedeutung von civitas in derselben Definition des caput sein muss. Wie civitas hier nicht die concrete Bedeutung von Bürgerschaft, sondern die abstracte von Bürgerrecht hat, so kann auch familia nicht in der concreten Bedeutung der einzelnen Agnatenfamilie stehen, sondern muss ebenfalls in einer abstracten Bedeutung aufgefasst werden. Diese Bedeutung ist die der Familienstandschaft, der Eigenschaft nicht sowohl einer bestimmten, einzelnen individuellen römischen Familie anzugehören, als vielmehr zufolge dieser Zugehörigkeit einer beliebigen römischen Familie über-

haupt anzugehören. In dieser Bedeutung steht familia in einer Linie mit der civitas, ja deckt sich mit dieser im Effecte vollständig.

Jeder civis hat nothwendig die familia, die Familienstandschaft, wie umgekehrt jeder, welcher die familia hat, ein civis Romanus ist. Der Sklave und der Peregrine hat zwar auch eine natürliche Familie, aber keine Familie im Sinne des römischen Rechtes; familia ist ein Ausdruck des jus civile und bedeutet juristisch nur die römische Familie, die Zugehörigkeit zu einer römischen Familie. Nun ist es allerdings richtig, dass ein civis nur so die Familienstandschaft haben kann, dass er einer bestimmten Familie im concreten Sinne angehört; die Zugehörigkeit zu einer römischen Familie überhaupt setzt naturgemäss die Zugehörigkeit zu einer bestimmten einzelnen römischen Familie voraus; jeder civis gehört nothwendig nicht bloss einer Familie, sondern auch einer Familie an; es ist nicht möglich, dass ein civis zugleich Mitglied zweier gesonderter Familien im juristischen Sinne ist. Dabei ist es gleichgiltig, ob man familia im engsten, weiteren oder weitesten civilen Sinne nimmt, ob man darunter die familia proprio jure, die Agnaten- oder Gentilfamilie versteht, gleichgiltig für die civitas und die Rechtsfähigkeit nach jus civile. Jeder civis gehört einer familia proprio jure an, mag er auch, wie der emancipatus, vorläufig oder für immer, allein in seiner eigenen Person als pater familias diese Familie darstellen: die Familie im natürlichen Sinne deckt sich nicht mit der Familie im juristischen Sinne. Ferner setzt die Zugehörigkeit zu einer Agnatenfamilie immer zugleich die Zugehörigkeit zu einer engeren Familie im eigentlichen Sinne, proprio jure, voraus, und dasselbe gilt von der Gentilfamilie, der gens. Freilich gab es in der Zeit der Republik römische Familien, welche keiner gens angehörten: die plebejischen Familien; aber in dieser Zeit war die Gentilität keine Bedingung der civitas mehr. Sie war nur eine solche zur Zeit des patricischen Geschlechterstaates gewesen, als allein die gentes als Glieder des römischen Staates erschienen und die einzelnen Familien proprio jure sich noch nicht von der gens getrennt hatten. Als sich aber diese Trennung vollzogen hatte, da war es wieder gleichgiltig für den Begriff der civitas, ob man sagte,

dass der einzelne civis einer familia proprio oder communi jure oder einer gens zugehörte, indem nothwendig das eine das andere in sich schloss. Mit der Aufnahme der Plebejer, welchen eine gens nach römischem Rechte nicht zukam, in den römischen Staatsverband, war auch die Gentilität, die Zugehörigkeit zu einer gens überhaupt, nicht mehr die Voraussetzung der civitas und der durch sie gegebenen Rechtsfähigkeit nach jus civile, des caput. Allerdings gewährte auch die Gentilität eine eigene Rechtsfähigkeit. Denn wie die Bürgerschaft sich aus einem doppelten Elemente zusammensetzte, gleichsam in zwei getrennte Staatswesen zerfiel, so gab es auch eine doppelte staatliche Rechtsordnung, das jus publicum als das Sonderrecht der Patricier, das alte jus gentium in diesem Sinne oder gentilicium, und das jus civile als das beiden Ständen gemeinsame vereinbarte Recht, welches später in dem Zwölftafelgesetze grösstentheils niedergelegt ward. Folgeweise gab es auch eine doppelte, je nach der verschiedenen Rechtsordnung verschieden bestimmte Rechtsfähigkeit, welche dort auf civitas und gentilitas, hier auf der civitas allein beruhte, da civitas und gentilitas in dem neuen Servianischen Staate sich nicht mehr deckten. Nach diesem Doppelrechtssysteme kann man, wenn man will, eine vollkommene und eine unvollkommene Persönlichkeit unterscheiden, aber nicht auch ein doppeltes caput. Der Begriff des caput entspricht bloss der civitas, ist bloss die Persönlichkeit nach jus civile, wie auch die cap. dem. ein Rechtsinstitut nicht des jus publicum, sondern des gemeinsamen jus civile ist, so dass die Patricier kein anderes, höheres, vollkommneres caput haben als die Plebejer.

Fassen wir das Wort familia in dem obigen Sinne auf, in welchem es abstract und absolut die Zugehörigkeit zu irgend einer römischen Familie überhaupt, die Familienstandschaft bezeichnet, so können wir es gelten lassen, dass die Rechtsfähigkeit des civis sich durch die familia bestimmt. Wir sagen damit nichts Anderes, als dass die Rechtsfähigkeit sich durch die civitas bestimmt; denn civitas und familia sind zwei sich gegenseitig bedingende Begriffe, welche im Verhältnisse von Ursache und Wirkung zu einander stehen. Die einzelne peregrinische Familie, welche in die römische Staatsgemeinschaft

aufgenommen wird, wird dadurch zu einer römischen familia; der Einzelne, welcher civis wird, erhält damit die Familienstandschaft, mag er eine natürliche Familie haben und als Mitglied dieser civis geworden sein, oder mag er allein die civitas erlangt haben. Und umgekehrt, der Einzelne, welcher in eine römische Familie hineingeboren wird, ist damit ipso jure civis. Das erste Mal ist die civitas Voraussetzung der familia, das zweite Mal die familia Voraussetzung der civitas. Weil aber jeder civis nothwendig einer bestimmten römischen Familie angehört, so ist die Rechtsfähigkeit nach jus civile allerdings jedesmal durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie gegeben, aber nicht in dem Sinne, dass die einzelne Familie eine besondere Beschaffenheit hat und besondere concrete Rechte gewährt, welche den nicht zu dieser Familie Gehörenden nicht zustehen, nicht auf Grund ihrer Individualität, sondern auf Grund ihrer allgemeinen Eigenschaft, welche sie mit allen andern römischen Familien theilt, eben eine römische Familie zu sein. Dies ist der Begriff der Familienstandschaft, welche stets durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten einzelnen Familie vermittelt wird. Ich vermuthe, dass Puchta in seiner Definition des caput das Wort familia in diesem Sinne vorschwebte; ist dies aber der Fall, und müssen wir jedenfalls das Wort familia, wenn es Bedingung der Rechtsfähigkeit sein soll, in diesem Sinne auffassen, so ergiebt sich, dass die Rechtsfähigkeit nach jus civile nicht, wie Puchta will, von drei Bedingungen abhängig ist, sondern nur von einer einzigen, und zwar von jeder einzelnen jener drei für sich, weil jede einzelne Bedingung die beiden andern in sich schliesst. Die libertas, unter welcher, wie oben gezeigt, in der Lehre von der cap. dem. maxima nur die libertas ex jure Quiritium verstanden ist, weil sie nie ohne die civitas gedacht ist, ist eine blosse Folge der civitas, und jeder civis ist auf der andern Seite stets familiaris im absoluten Sinne, Mitglied einer römischen Familie; und umgekehrt, wer letzteres ist, ist civis und liber. Die durch die libertas ex jure Quiritium bedingte Rechtsfähigkeit ist keine andere als die durch die civitas bedingte, und dasselbe ist von der durch die familia bedingten Rechtsfähigkeit zu sagen. So erhalten wir auch aus der Puchta'schen Definition, wenn wir ihren wahren Gehalt auf-

decken, und von seiner Begriffsentwickelung absehen, den von mir vertheidigten Begriff von caput. Puchta selbst blieb diese Erkenntniss nur deswegen verschlossen, weil er die Zugehörigkeit zu einer bestimmten einzelnen Familie mit der Zugehörigkeit zu einer Famile überhaupt, also die beiden Bedeutungen von familia verwechselte und auf Grund dessen in falsche Consequenzen gerieth. Am deutlichsten spricht sich diese Verwechslung in Inst. II § 210 N. k aus, wenn er hier sagt: „die dritte Bedingung (der Persönlichkeit) ist die Familia, sie setzt die erste und zweite Bedingung (libertas und civitas) voraus, nur der civis hat eine Familia; wie aber aus der Freiheit nicht nothwendig die Civität folgt, so schliesst auch die Familie zwar die Civität ein, aber die Civität nicht nothwendig die Familie, jene kann fortdauern, während diese verloren geht.“ Dass ein civis seine bisherige Familie verlieren kann, ist klar; aber ebenso wahr ist es, dass er, wenn er civis bleibt, nicht familienlos sein kann: er hat höchstens nicht mehr die Familie, wohl aber hat er immer noch eine Familie, wie Puchta im ersten Passus selbst sagt. Dieselbe Verwechslung macht Puchta mit dem Worte Gentilität, wenn er sie Inst. II § 219 a. A. als eine Bedingung der Rechtsfähigkeit nach ältestem Rechte hinstellt. Denn während er die Bedingung der politischen Rechtsfähigkeit in der Gentilität als der Mitgliedschaft in einer patricischen Familie überhaupt, gleichviel welcher, sieht, soll sie als Bedingung der Privatrechtsfähigkeit nur die Mitgliedschaft in der einzelnen, bestimmten gens und keiner andern bedeuten. Im Resumé fasst er dann beides zusammen in dem Ausdrucke: die Mitgliedschaft in einer Familie (gens), unter dem er scheinbar nur eins versteht, aber zweierlei verstehen müsste. Dass er aber die Privatrechtsfähigkeit anders bestimmt als die politische, und dass er die erstere von der Mitgliedschaft in der bestimmten Familie im Gegensatze zur Mitgliedschaft in jeder andern Familie abhängig macht, ist, wie gesagt, nur eine Consequenz dessen, dass er von der cap. dem. minima des classischen Rechts ausgeht, welche als familiae mutatio nur ein Verlust der bisherigen bestimmten Familie, nicht ein Verlust der Familienstandschaft überhaupt ist. Consequenter und logischer denkt sich Kuntze unter der ursprünglichen cap. dem. minima den

Verlust der Gentilität und damit den Verlust der Rechtsfähigkeit nach dem alten jus publicum (populicum), dem Rechte des alten nur von den patricischen gentes gebildeten populus; aber ich habe schon darauf hingewiesen und werde geeigneten Ortes noch einmal darauf zurückkommen, dass die cap. dem. nicht dem patricischen Sonderrechte, sondern gerade dem jus civile angehört und stets angehört hat.

Es erübrigt nun noch, zu untersuchen, was Böcking unter der durch die familia bedingten Rechtsfähigkeit versteht. Caput ist nach ihm die mindeste, bloss durch die Stellung des civis über oder in einer bestimmten familia (d. h. proprio jure) bedingte Rechtsfähigkeit. Es ist mir nicht recht ersichtlich, was Böcking damit sagen will. Macht es nach ihm einen Unterschied der Rechtsfähigkeit, ob Jemand in einer bestimmten Familie Oberhaupt oder ein von dessen väterlicher Gewalt abhängiges Glied ist? Hat dieses anderes caput als jenes? Man könnte zur Bejahung dieser Frage geneigt sein, wenn man berücksichtigt, dass Böcking geflissentlich nicht bloss bei der Definition des caput zu wiederholten Malen, sondern auch bei der Angabe der Bedeutung von status und bei der ganzen Darstellung der Lehre von der cap. dem. minima diese Unterscheidung streng beobachtet. Der Gedanke wird also mehr als nahe gelegt, dass die Abhängigkeit oder Unabhängigkeit von der väterlichen Gewalt von Einfluss auf die Rechtsfähigkeit sein soll. Dass aber dies in keiner Weise zutrifft, dass insbesondere die Unfähigkeit der alieno juri subjecti, eigenes Vermögen zu haben, ganz ausserhalb des Begriffes der Rechtsfähigkeit steht, bedarf weiter keiner Worte[13]). Andrerseits aber findet sich bei Böcking Manches, was diese Annahme entschieden zurückweist; so, wenn sich eine cap. dem. minima, also eine Zerstörung der mindesten, durch die familia bedingten Rechtsfähigkeit ereignen soll, so oft eine alieno juri subjecta persona in das jus eines andern Gewalthabers kommt, wobei der Minuirte nach wie vor gewaltabhängig ist; so insbesondere, wenn Böcking[14]) an der Savigny'schen Ansicht tadelt, dass die Verminderung in Beziehung auf die Unabhängigkeit eine Verminderung der Rechtsfähigkeit sein soll. Schliesslich würde

[13]) Brinz Pand. I § 51.

[14]) Pand. I § 58 N. 12.

auch Böcking, wenn er die Rechtsfähigkeit von dem besprochenen Unterschiede abhängig machen wollte, nicht ein einfaches, sondern ein doppeltes caput haben unterscheiden müssen. Nach alledem aber ist es mir nicht erklärlich, warum Böcking in seiner Definition des caput jenen Unterschied hervorhebt. Ist der Unterschied wirklich für den Begriff der Rechtsfähigkeit und des caput gleichgiltig, dann kann er auch ganz wegbleiben, und es bliebe dann als caput nur die durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie proprio jure bedingte Rechtsfähigkeit zurück. Wahrscheinlich, wenigstens nach dem zu schliessen, was Böcking über die Wirkungen der cap. dem. sagt, verwechselt auch Böcking die Rechtsfähigkeit mit den concreten Familienrechten; jedenfalls aber verbindet Böcking in dem ganzen, die §§ 37—61 seiner Pandecten umfassenden Abschnitte mit dem Worte einen grundfalschen Begriff, indem er darunter alle rechtlich in Betracht kommenden Verschiedenheiten der Menschen als Rechtssubjecte versteht.

Ich habe im Vorhergehenden die hauptsächlichsten Ansichten über den Begriff des caput besprochen und, soweit sie nicht mit meiner Ansicht zusammentreffen, widerlegt, wie ich hoffe. Erwähnenswerth ist nur noch die eigenthümliche Ansicht von Niebuhr, welcher sich namentlich Savigny, allerdings nicht ohne eine Modification, angeschlossen hat. Indessen befriedigen dürfte sie wohl Niemand, und an mannigfachen Bedenken fehlt es nicht; ich verzichte aber darauf, sie hier anzuführen, da sie schon von Andern des Oefteren angegeben sind[15]). Nur den einen Punkt will ich geltend machen, dass Niebuhr zu viel mit seiner Ansicht beweist, indem er gezwungen ist, mancherlei Vorgänge als Fälle der cap. dem. zu bezeichnen, welche es nach den Quellen nie gewesen sind.

Ich wende mich nun von der Besprechung der Ansichten der Neueren über den Begriff des caput, deren Ausführlichkeit theils die Wichtigkeit des für die ganze Lehre von der cap. dem. grundlegenden Begriffes von caput rechtfertigt, theils auch das interessante Ergebniss, dass auch ihnen zum Theil der von mir angegebene Begriff von caput, wenn auch hinter manchen Unrichtigkeiten versteckt, zu Grunde liegt und aus

---

[15]) Puchta Inst. II § 220 N. b. Pernice Labeo S. 98 N. 19.

ihnen entschält werden kann, zu der Anwendung des allein richtigen Begriffes von caput auf die cap. dem. und zwar in ihrer ursprünglichen Gestalt, d. h. auf die cap. dem. minima, indem ich an den Nachweis herantrete, dass sie ursprünglich in Wahrheit eine Minderung der Rechtsfähigkeit nach jus civile enthielt. Die ursprüngliche cap. dem. minima lässt sich nun auch noch im classischen Rechte erkennen, wiewohl hier, wie gesagt und bewiesen, eine Minderung der Rechtsfähigkeit nicht mehr in ihrem Wesen liegt. Aber dass dies ursprünglich so gewesen, dafür gewährt auch noch das classische Recht gewisse wichtige Anhaltspunkte, wenn man nämlich die einzelnen Fälle derselben näher ins Auge fasst. Ich nehme daher dieses zum Ausgangspunkte der folgenden Untersuchung.

§ 6.

Das ursprüngliche Gebiet der cap. dem. minima.

Die classischen Juristen definiren die cap. dem. minima als status mutatio, wofür Paulus, was ich bereits oben berührt habe, familiae mutatio setzt, worunter aber jedenfalls auch alle Uebrigen die familiae mutatio verstehen, so dass nach ihnen die cap. dem. minima einen Tausch der bisherigen bestimmten Familie mit einer andern, den Verlust der Mitgliedschaft in der einen Familie und den Erwerb der Mitgliedschaft in einer andern Familie darstellt. Indem nun aber die classischen Juristen die cap. dem. minima ganz allgemein und ohne jede Einschränkung als familiae mutatio hinstellen, erwecken sie den Anschein, als ob umgekehrt principiell jede familiae mutatio eine cap. dem. minima sei. Allein dieser Schein trügt. In Wirklichkeit qualificiren sie nur gewisse Thatbestände der familiae mutatio als cap. dem. minima, andere stellen sie nicht unter diesen Begriff. Wenn dies richtig ist — und dafür wird unten der Beweis erbracht werden, überdies ist es auch anerkannt — so ist der Begriff der cap. dem. minima ein engerer, als der der familiae mutatio noch nach classischem Rechte; beide Begriffe decken sich dann nicht. Somit ist auch die angegebene Definition der cap. dem. minima eine unrichtige, weil sie zu weit geht; soll sie richtig sein, so bedarf sie noch eines einschränkenden Zusatzes.

Sehen wir nun zuerst zu, welche Fälle der familiae mutatio die Römer als cap. dem. minima gelten lassen. Am vollständigsten, ja, wir können es schon jetzt sagen, vollständig und erschöpfend ist das Verzeichniss der Fälle der cap. dem. minima nur bei Gajus I, 162. Es empfiehlt sich daher, dass wir uns an diese Gajusstelle halten und die übrigen einschlägigen Stellen dieses oder anderer Juristen in die nachfolgende Besprechung der Gajusstelle am passenden Orte einschalten.

Die Stelle des Gajus lautet (nach Studemund):

> Minima est cap. dem., cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.

Nach der äusseren Fassung sind es vier verschiedene Fälle, welche Gajus hier als Fälle der cap. dem. minima aufzählt: die adoptio, die coemptio, die mancipio datio und die manumissio ex mancipatione. Gehen wir die Fälle einzeln durch!

1. Die adoptio. Adoptio hat im classischen Rechte bekanntlich eine doppelte Bedeutung, eine engere und eine weitere. In der ersteren bedeutet adoptio die Annahme eines homo alieni juris an Kindesstatt; der in diesem Sinne Adoptirte ist auch in der neuen Familie Hauskind, wie er es in der bisherigen war; er wechselt mit der familia zugleich den pater familias. In der zweiten weiteren Bedeutung umfasst die adoptio ausser dem genannten Falle noch die sog. arrogatio, d. h. die Annahme eines homo sui juris oder paterfamilias an Kindesstatt; der Arrogirte giebt mit dem Wechsel der Familie seine Unabhängigkeit, seine Stellung als pater familias auf und wird in der neuen Familie Hauskind. In welchem Sinne haben wir nun die adoptio in unserer Gajusstelle zu verstehen? Diese Frage ist bedeutsamer, als sie scheint; nur ist sie hier noch nicht am Platze. Dagegen erscheint die Frage, welche uns zunächst interessirt, was Gajus selbst in dieser seiner Stelle unter adoptio versteht und verstanden wissen will, eine Frage, welche auch für Ulpian XI, 13, wiederkehrt, ziemlich müssig, und doch macht Cohn wegen seiner besonderen Ansicht eine

Stellungnahme zu ihr und ausdrückliche Beantwortung erforderlich. Cohn[1]) nämlich behauptet, dass die von Gajus und Ulpian in den genannten Stellen erwähnte adoptio „lieber doch nicht nach ihrem reinen Wortverstande zu nehmen ist, sondern lediglich als Arrogation.“ Diese Behauptung ist überraschend. Gemäss der doppelten Bedeutung von adoptio giebt es nur zwei Möglichkeiten: entweder versteht Gajus und Ulpian darunter nur die adoptio i. e. S., d. h. die datio in adoptionem, oder aber die adoptio i. w. S., d. h. datio in adoptionem und arrogatio. Jedes Dritte ist ausgeschlossen, und doch nimmt Cohn ein Drittes mit seiner obigen Behauptung an. Dass aber adoptio jemals auch bloss die arrogatio bedeutet, dürfte nicht leicht vorkommen, ist von Cohn übrigens auch gar nicht versucht nachzuweisen. Wenn etwas bei Gajus und Ulpian zweifelhaft sein könnte, so wäre es doch nur das, ob sie mit dem Worte adoptio auch die arrogatio begreifen; denn welche von beiden Bedeutungen man auch wählen mag: die datio in adoptionem muss in jedem Falle in dem Worte gefunden werden, da die engere Bedeutung auch in der weiteren steckt. Also die datio in adoptionem ist nach beiden Stellen eine cap. dem. Aber auch für die arrogatio ist dies unzweifelhaft; es ist dies allgemeine Annahme, und diese stützt sich noch auf verschiedene andere und obenein directe Quellenstellen. Es ist also kein Grund vorhanden, warum nicht, wenn beides, datio in adoptionem und arrogatio, Capitisdeminutionen sind, das Wort adoptio in unseren beiden Stellen in seinem weiteren Sinne von ihren Verfassern verstanden werden sollte. Im Gegentheil, ein Blick auf Paulus S. R. III, 6, 29, welcher ausdrücklich beide Arten der Annahme an Kindesstatt nebeneinander als Thatbestände der cap. dem. minima anführt, belehrt uns davon, und vollends unzweifelhaft wird es, wenn man den Sprachgebrauch der classischen Juristen, nach welchem adoptio vornehmlich im weiteren Sinne verwandt wird, und insbesondere den für unsere Frage massgebenden Sprachgebrauch des Gajus und Ulpian berücksichtigt. Am besten zeigt sich dieser in der sedes materiae, bei Gajus I, 98 ff. und bei Ulpian fr. tit. VIII,

---

[1]) S. 108. 118.

wo die adoptio durchweg im weiteren Sinne genommen ist. Cohn's Behauptung ist aber auch nur, wie es mir scheint, zum Theil der geschichtlichen Entwicklung der cap. dem. minima zu Liebe, wie er sie S. 391 ff. darlegt, aufgestellt; sie ist überdies eine Folge seiner durchaus subjectiven Ansicht, dass datio in adoptionem, ebenso wie emancipatio keine cap. dem. 's sind, ein Satz, welcher angeblich unbestritten sein soll, jedenfalls aber stets bestritten werden wird und muss, weil er gegen klare Quellenzeugnisse verstösst, wenn wir deren auch nur wenige besitzen. Denn die datio in adoptionem nennt als Fall der cap. dem. ausdrücklich ausser Paulus a. a. O. noch Marcian in L. 22. D. 29, 1; die emancipatio, um auch für diese sogleich die Belege beizubringen, Marcian in L. 22 cit., Gajus I, 163 und ferner Paulus und Pomponius in L. 4, L. 5 § 1 D. 38, 6. Sonach bleibt es bei der bisher stets geläufigen Auffassung: hi, qui adoptantur, sind bei Gajus und Ulpian sowohl die dati in adoptionem, als auch die arrogati.

2. Die coemptio. Cohn S. 108 will auch für sie in unserer Gajusstelle nur an die coemptio einer femina sui juris gedacht wissen, mit Berufung auf seine obige Auffassung der adoptio, vermuthlich aus ähnlichen Motiven, wie sie für diese leitend waren, jedenfalls aber auch hier ohne Führung des auf ihm lastenden Beweises. Nun könnte ein solcher in dem Ausdrucke: coemptionem facere gefunden werden, insofern Gajus I, 114, 115 und öfters diesen Ausdruck von der femina sui juris gebraucht. Allein er passt auch für eine femina alieni juris; denn er bedeutet im Munde der classischen Juristen nicht etwa die Thätigkeit einer der beiden das Geschäft vollziehenden Parteien, weil er nie vom Manne, dem doch die Hauptrolle bei dem Geschäft zufiel, gebraucht wird; sondern er bedeutet den Effect des Geschäftes für die Frau, dürfte also nichts weiter heissen, als ganz allgemein: die Ehe (Scheinehe) eingehen. In diesem Sinne kann man auch von der Frau, welche der Hausvater in manum giebt, sagen: coemptionem facit. Im Uebrigen wird nirgends die coemptio als cap. dem. ausdrücklich auf selbständige Frauen beschränkt, und wir haben daher guten Grund, wie bei der adoptio, so auch bei der coemptio den Unterschied zwischen homines sui und alieni juris für den Begriff der cap. dem. für gleichgiltig

zu halten. — Nach Gajus I, 162 und IV, 38 ist es nun aber bloss die coemptio, d. h. bloss diese Art der Eheschliessung, welche eine cap. dem. mit sich brachte, und es fragt sich nun weiter, ob auch die in manum conventio durch confarreatio und usus als cap. dem. zu qualificiren ist. Ulpian XI, 13 wenigstens nennt nicht die coemptio, sondern die in manum conventio als cap. dem. Indessen ist er weit davon entfernt, den Ausdruck allgemein und darunter etwas Anderes, als die coemptio zu verstehen. Zu seiner Zeit war die in manum conventio nicht mehr ein allgemeiner, ein Gattungsbegriff, der mehrere Arten umfasste, sondern ein ganz specieller, als welcher er nur die coemptio bedeutete; beide Ausdrücke waren ganz identisch, weil jetzt die coemptio die einzige practische Art der Eheschliessung war, welche eine wahre manus nach Civilrecht über die uxor gab. Die Usualehe war abhanden gekommen[2]), und die confarreatio war bloss noch als patricische Priesterehe im classischen Rechte stehen geblieben, so aber, dass sie die manus bloss dem Namen nach (quod ad sacra nannte man dies), nicht aber der Sache und dem Civilrechte nach im Gefolge hatte[3]). Nur also, wer eine coemptio einging, kam in manum mariti, und umgekehrt, wer in manum mariti gelangen sollte und wollte, musste die coemptio eingehen. Ulpian sagt daher sachlich, wenn auch mit andern Worten, ganz dasselbe wie Gajus. Ja, Gajus selbst setzt an einer Stelle[4]) ebenfalls für coemptio: in manum conventio; dies geht unzweifelhaft daraus hervor, dass er nur vom coemptionator spricht. So gelangen wir denn zu dem Ergebniss: die coemptio ist nach classischem Rechte eine cap. dem.; dass usus und confarreatio jemals eine solche gewesen wären, dafür haben wir kein Zeugniss.

3. Die datio in mancipium oder mancipio wird von Gajus an dritter Stelle als ein besonderer Fall der cap. dem. minima hingestellt. Savigny[5]), Puchta[6]) und Böcking[7]) bestreiten dies

[2]) Gajus I, 111.
[3]) Kuntze Cursus § 773.
[4]) III, 83. 84.
[5]) Syst. II, S. 496 ff.
[6]) Inst. II § 220 N. oo.
[7]) Pand. § 58 N. 37—39.

zwar, indem sie alle die datio mancipio und die manumissio ex mancipatione als zusammengehörig betrachten, so dass beide zusammen nur einen Fall der cap. dem. minima, nämlich den der emancipatio ergeben sollen. Aber hiergegen spricht, abgesehen davon, dass sich alle drei Schriftsteller auf eine falsche Lesung des Schlusssatzes des § 162 stützen, der Satzbau des Gajus ganz entschieden: Gajus führt offenbar vier Fälle der cap. dem. minima an, welche er äusserlich durch die stets wechselnden Particeln item, et und que als coordinirte Fälle andeutet. Es erhebt sich nun aber die weitere Frage: soll der besondere Fall der mancipio datio nur diejenige Mancipation bedeuten, welche Selbstzweck ist, oder aber soll er auch ausser dieser noch die dicis gratia vorgenommene Mancipation umfassen? Wäre letztere Frage zu bejahen, so wäre es unverständlich, wesshalb dann Gajus an erster, zweiter und vierter Stelle ausdrücklich solche Vorgänge namhaft macht, welche eine Mancipation dicis gratia enthalten; sonst hätte Gajus doch besser gethan, wenn er zu Anfang gesagt hätte: in his, qui arrogantur. Mögen daher auch die Worte hi, qui mancipio dantur, selbst zu einer Einschränkung des Thatbestandes keinen Anlass geben, wie Cohn S. 113 sagt, so geben doch die andern neben der datio in mancipium genannten Fälle, welche sich in der Form der Mancipation abspielen, genügenden Anlass zu einer Einschränkung. Ich verstehe also darunter nur die ihren Zweck in sich selbst tragende, ein selbständiges Rechtsgeschäft darstellende mancipatio, die datio in mancipium, wie sie z. B. ex noxali causa erfolgt. Andere Belege für den Cap.-dem.-Charakter der datio in mancipium ausser dieser Gajusstelle besitzen wir nicht.

4. Der Ausdruck quique ex mancipatione manumittuntur ist bisher falsch verstanden worden, und zwar nicht etwa bloss von denen, welche diese Worte als mit den vorhergehenden eng und unzertrennlich zusammengehörig betrachten, sondern auch von denen, welche in ihm die Angabe eines eigenen Falles der cap. dem. minima erblicken, wie Huschke[8]) und Cohn[9]). Beide lesen nämlich, als ob nicht dastünde: quique

[8]) Studien I S. 222.

[9]) S. 114.

ex mancipatione, sondern als ob es hiesse: quique ex mancipio manumittuntur, wonach sich die blosse manumissio e mancipio als cap. dem. ergäbe. Dieses Resultat, zu welchem wieder namentlich der Schlusssatz des § 162 Veranlassung gab, hält nun Cohn in der That für richtig, während es Huschke doch mit Recht unannehmbar erschien, so dass er es durch eine Textesänderung im Schlusssatze zu beseitigen suchte. Indessen sehen wir zunächst von diesem Schlusssatze ganz ab, so besteht doch, wenn man scharf zusieht, ein wesentlicher sprachlicher und gedanklicher Unterschied zwischen einer manumissio e mancipio und einer manumissio ex mancipatione. Erstere Wendung hat einen schwächeren, letztere einen prägnanteren Sinn. Erstere bedeutet nichts weiter, als eine Freilassung aus der mancipii causa, was natürlich immer voraussetzt, dass der Freizulassende überhaupt in der mancipii causa ist, d. h. einmal in sie gekommen ist. Aber diese Voraussetzung lässt der Ausdruck im Hintergrunde, gleichsam hinter den Coulissen stehn; sie ist sprachlich nicht in den Ausdruck manumissio e mancipio mitaufgenommen. Wohl aber ist dies der Fall bei dem andern Ausdrucke manumissio ex mancipatione; dieser bedeutet die auf Grund einer vorhergehenden Mancipation erfolgende Freilassung, und damit ist sprachlich und unmittelbar ausgedrückt, dass der Freizulassende zunächst mancipirt wird und somit in die causa mancipii gelangt, was man bisher übersehen hat, und dann aus derselben freigelassen wird, worauf man bisher allein Gewicht legte[10]), so dass beide Acte zusammen als ein einziger Act aufgefasst werden. Man ersieht hieraus sofort, dass, wenn man die Worte: qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur als zusammengehörig und nur einen Fall der cap. dem. minima beschreibend betrachtet, entweder der ganze erste Theil oder aber der Zusatz: ex mancipatione im zweiten Theile ganz überflüssig wäre. Will man genau sein, so müsste man eigentlich statt manu-

---

[10]) Derselbe Ausdruck: ex mancipatione manumittere findet sich bei Gajus öfters, so I, 135, wo sonst vom mancipium gesprochen wird; I, 137a: ex ea mancipatione = ex remancipatione; II, 141 und III, 6: ex prima secundave mancipatione. Ex mancipatione bedeutet in allen diesen Stellen natürlich etwas ganz Anderes als e mancipio.

missio ex mancipatione sagen: manumissio ex mancipatione e mancipio; denn die Bezeichnung des Zustandes, von dem man befreit wird, enthält der erstere Ausdruck nicht, wenn man sie nicht in dem ersten Theile des Wortes manumissio finden will. Trotz der angegebenen sprachlichen Verschiedenheit beider Ausdrucksweisen könnte man nun doch geneigt sein zu glauben, dass sie sachlich auf dasselbe hinauskommen; aber nichts weniger als dies. Der Ausdruck manumissio e mancipio ist insofern farblos, als er nicht ersichtlich macht, in welcher Art und zu welchem Zwecke der Freizulassende einmal mancipirt worden ist; er kann voraussetzen, sowohl den Fall, dass man bloss dicis gratia in die causa mancipii gebracht ist, als auch den andern Fall, dass man ex noxali causa, also zu einem selbständigen Zwecke mancipirt worden ist. Der Ausdruck manumissio (sc. e mancipio) ex mancipatione aber ist durchaus nicht so farblos; sonst wäre, wie gesagt, der Zusatz ex mancipatione überflüssig; denn dass in beiden Fällen einmal eine mancipatio stattgefunden hat, ist selbstverständlich und bedarf nicht der besonderen Erinnerung. Nein, der Zusatz hat einen prägnanten Sinn; er will und soll besagen, dass die mancipatio der manumissio unmittelbar vorausgegangen und nur im Hinblick auf diese vorgenommen ist, dass der mancipatus daher nur uno momento, wie Gajus I, 141 sagt, in der causa mancipii war, und dass also die mancipatio nur dicis gratia Zwecks sofortiger Freilassung erfolgt ist. Das Moment der zeitlich-unmittelbaren Aufeinanderfolge beider Acte, der mancipatio und manumissio, und der Zweckbestimmung des ersteren Actes liegt in dem Wörtchen ex: die manumissio soll auf Grund der mancipatio geschehen. Dies trifft aber nur für die mancipatio dicis gratia zu. „Sie erfolgt auf Grund der Mancipation", heisst: auf Grund der lex mancipationis, ut manumittatur. Die manumissio eines ex noxali causa in mancipio Befindlichen geschieht aber nicht auf Grund solcher lex oder der solche lex enthaltenden mancipatio, sonst wäre die nöthigenfalls eintretende Hilfe des Censors (nach Gajus I, 140) nicht erforderlich und nicht erklärlich[11]); sondern sie erfolgt auf Grund der Abarbeitung

---

[11]) Voigt XII Tafeln II S. 597 unter a nimmt auch hier die Möglichkeit einer lex remancipationis an mit Berufung auf Gajus I, 140: allein wenn

des angerichteten Schadens oder auf Grund einer freiwilligen Verzichtleistung des quasi dominus auf weitere Abarbeitung. Der Grund der Freilassung entspricht jedesmal dem Zwecke der Mancipation, und wie dieser verschieden ist, so auch jener.

Bedeutet also nach dem Gesagten manumissio ex mancipatione die Freilassung auf Grund der lex einer dicis gratia erfolgten Mancipation, so ist damit nicht gemeint die adoptio einer Frau oder eines Enkels, deren einmalige mancipatio genügte, um sie von der patria potestas zu befreien; denn hier fand keine manumissio statt, sondern eine vindicatio in patriam potestatem. Desgleichen und aus demselben Grunde ist nicht gemeint der dritte Act der adoptio eines Haussohnes. Wohl aber sind gemeint z. B. die beiden ersten Acte der adoptio und der emancipatio eines Haussohnes, weil sie in jedem Falle mit einer manumissio enden. Es sind aber diese Acte jedesmal dieselben, sie sind, auch wenn sie die adoptio des Haussohnes vorbereiten sollen, stets Emancipationen, d. i. Freilassungen aus dem mancipium oder der mancipii causa in die frühere Freiheit. Das Wort emancipatio hat zwei Bedeutungen: die eigentliche, lexicalische Bedeutung ist die eben genannte; in einer übertragenen, aber geläufigeren Bedeutung ist emancipatio die dimissio de potestate, ut sui juris efficiatur, wie Gajus I, 134 sagt, bezeichnet also das sich aus mehreren einzelnen Acten zusammensetzende Gesammtrechtsgeschäft, welches mit der Entlassung aus der väterlichen Gewalt beginnt und nach mehreren Zwischenacten, bez. Wiederholungen mit dem sui-juris-Werden endet. Die Frage, welche Bedeutung von emancipatio Gajus mit dem Ausdrucke manumittere ex mancipatione wiedergeben wollte, beantwortet sich von selbst; er gebraucht das Wort emancipatio selbst absichtlich nicht, weil er damit den Schein erwecken würde, als ob er bloss nach der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes die emancipatio im engeren, un-

---

Gajus es wirklich zweifelhaft liesse, ob solche lex bei der noxae deditio möglich wäre, so sagt es doch Papinian in Coll. II, 311 ausdrücklich, dass der quasi dominus des noxae deditus fiduciae judicio non tenetur, und ähnliches besagt der § 3 J. 4, 8; sodann ist in den beiden letzteren Stellen auch nur davon die Rede, dass der quasi dominus zur manumissio, nicht davon, dass er zur remancipatio gezwungen werden kann.

eigentlichen Sinne, das Gesammtrechtsgeschäft, dessen Effect das sui-juris-Werden ist, verstände und meinte, während er die emancipatio in ihrem allgemeinen, weiteren, man kann sagen, nichttechnischen Sinne mit jener Phrase umschreiben und daher die beiden ebensowohl der adoptio, als auch der emancipatio im technischen Sinne voraufgehenden Emancipationen eines filius familias neben der emancipatio im technischen Sinne selbst mit dem Ausdrucke treffen wollte. Manumissio ex mancipatione ist alles, was emancipatio ist und heisst. Dass aber Gajus überhaupt mit dem Ausdrucke die emancipatio meint, dürfte aus dem folgenden § 163 hervorgehen, wo er, um ein Beispiel der cap. dem. minima zu geben, auf den nächstliegenden, d. h. zuletzt genannten Fall derselben zurückgreift. Bedeutet nun emancipatio ganz allgemein die manumissio e mancipio, so sind bei Gajus unter der manumissio ex mancipatione zu verstehen nicht bloss die ersten beiden Emancipationen eines Haussohnes als Vorläuferinnen der im dritten Act erfolgenden adoptio oder emancipatio im prägnanten Sinne, sondern auch die nur einmal erfolgende emancipatio einer Frau oder eines Enkels und die dritte emancipatio eines Haussohnes, welche ihn zum homo sui juris macht. Denn auch diese letzteren Emancipationen erfolgen ex mancipatione, zwar eigentlich ex remancipatione an den parens manumissor, aber diese ist doch auch immer eine mancipatio; und wenn die emancipatio hier auf Grund der remancipatio erfolgt, so heisst dies wieder, wie oben, dass sie auf Grund der lex remancipationi data, ut manumittatur, geschieht; denn auch der parens, dem sein Zwecks emancipatio mancipirtes Hauskind remancipirt wird, soll es nicht dauernd im mancipium behalten, sondern sofort freilassen. Nicht dagegen gehört hierher die remancipatio selbst; diese ist keine manumissio e mancipio im absoluten Sinne, sondern nur eine solche im relativen Sinne, weil der remancipatus nicht überhaupt aus der mancipii causa entlassen wird, sondern nur aus dem quasidominium seines bisherigen Gewalthabers, er mithin nur den Gewalthaber wechselt, dagegen nach wie vor in der causa mancipii bleibt. Sie ist daher auch keine cap. dem. Nach alledem will Gajus mit den Worten: quique ex mancipatione manumittuntur nur die emancipatio in ihrem allgemeinen Sinne verstehen, mag sie zum ersten, zweiten oder

dritten Male bei einem Haussohne erfolgen, mag sie ein integrirender Bestandtheil des ganzen Adoptions- oder Emancipationsgeschäftes oder dieses selbst sein, und daher nur sie als eine cap. dem. minima hinstellen: ein Fall der cap. dem. minima, welcher von dem bei Gajus an dritter Stelle genannten Falle der datio in mancipium durchaus verschieden, ja sein gerades Gegentheil ist. Im dritten Falle findet nichts weiter als eine datio in mancipium statt, und dieser eine selbständige Act wird als cap. dem. qualificirt; im vierten Falle aber findet eine datio in mancipium zwar auch statt, aber immer zugleich in Verbindung mit der manumissio e mancipio ex mancipatione, und dieser zusammengesetzte Act allein wird von Gajus als cap. dem. hingestellt, so dass der Schwerpunkt derselben in die schliessliche manumissio e mancipio gelegt wird. Da nun ein Haussohn, welcher zum homo sui juris gemacht werden soll, dreimal mancipirt und namentlich dreimal manumittirt wird, so erleidet er folgerichtig eine dreimalige cap. dem., bevor er sui juris wird, und ebenso erleidet der Haussohn, welcher adoptirt werden soll, eine dreimalige cap. dem., die beiden ersten Male auf Grund einer emancipatio, das letzte Mal auf Grund der eigentlichen adoptio. Dass aber die emancipatio wirklich eine cap. dem. ist, dafür habe ich bereits oben bei Gelegenheit der Besprechung der adoptio die einschlägigen Quellenzeugnisse angeführt.

Was nun aber den Schlusssatz bei Gajus betrifft, welcher bisher stets zu Zweifeln Anlass gegeben hat: adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut (nach Studemund's richtiger Lesung) manumittatur, totiens capite deminuatur, so glaube ich zunächst nicht, dass er sich auf das ganze Vorhergehende, also auf alle vier Fälle der cap. dem. minima bezieht; es könnte alsdann das Wort mancipetur nur auf die ersten drei Fälle, das Wort manumittatur allein auf die emancipatio hinweisen, und Gajus würde sagen wollen, dass, so oft Jemand adoptirt wird, so oft eine Frau sich wiederverheirathet, so oft das Hauskind einen Schaden anrichtet und zur Begleichung desselben noxae dedirt wird, so oft endlich ein Hauskind emancipirt wird, was freilich voraussetzt, dass es sich immer wieder arrogiren liess, so oft auch eine cap. dem. eintritt. Dies ist aber etwas Selbstverständliches und bedarf nicht der besonderen Hervorhebung.

Aus demselben Grunde halte ich es nicht für gerathen, den Schlusssatz, wie Cohn, S. 116 will, nur auf die beiden letzten Fälle der cap. dem. minima zu beziehen, was überdies eine gewisse Willkührlichkeit wäre. Mir scheint Gajus nicht an die Wiederholung der einzelnen Rechtsgeschäfte selbst zu denken, sondern nur an die Wiederholung der mancipatio oder manumissio innerhalb desselben mehractigen Rechtsgeschäftes, wie sie nur die adoptio und emancipatio eines Haussohnes enthält. Denn dass ein und dasselbe Rechtsgeschäft nicht bloss eine cap. dem., sondern mehrere cap. dem. 's zur Folge hat, das ist das Merkwürdige und verdient besonders betont zu werden. Ich sehe also in dem Schlusssatze nur eine Bemerkung zu dem letzten Falle der emancipatio in ihrem allgemeinen Sinne, in dem Sinne einer manumissio ex mancipatione. Freilich bleibt es wunderbar, dass Gajus neben der manumissio, zu welcher aus dem Vorhergehenden ex mancipatione zu ergänzen wäre, noch ausdrücklich die datio in mancipium erwähnt. Dafür hätte man aber zwischen einer doppelten Erklärung zu wählen; entweder zieht man es vor, ähnlich wie Huschke zu emendiren und statt des aut ein ut zu lesen, so dass die Worte: mancipetur, ut manumittatur nur ein anderer Ausdruck für den vorhergehenden Ausdruck ex mancipatione manumittuntur wären; oder aber Gajus denkt an die beiden Rechtsgeschäfte, welche sich in drei selbständigen Acten abspielen, nämlich die adoptio und emancipatio eines Haussohnes, wobei er das Wort mancipetur nur mit Rücksicht auf den dritten Act der adoptio hinzufügt, bei welchem allein eine manumissio nicht stattfindet, und wobei er es durch die Particel aut als gleichgiltig hinstellt, ob die mancipatio mit einer sofortigen manumissio verbunden auftritt oder aber mit einem andern Schlussact, nämlich der vindicatio in patriam potestatem bei der adoptio. Jedenfalls darf man den Satz nicht so auffassen, als ob jede einzelne mancipatio und jede einzelne darauf folgende manumissio für sich eine cap. dem. enthalten; es würde dies zu der unhaltbaren Consequenz führen, dass der adoptirte oder emancipirte Haussohn eine sechsmalige cap. dem. erfahren habe, und noch andere Unzuträglichkeiten ergeben. Es ist zu bedauern, dass Gajus sich zu kurz und knapp gefasst hat; hätte er im Ganzen eingehender und damit für uns verständlicher die cap. dem. behandelt, so

würde die Besprechung seines Berichtes hier nicht einen so breiten Raum eingenommen haben; wie Cohn S. 108 aber gerade an diesem eine academische Breite, welche Gajus „auch" hier nicht verleugnen soll, zu tadeln hat, kann ich nicht einsehen.

So giebt uns denn Gajus I, 162 eine gedrängte Uebersicht der Fälle der cap. dem. minima. Die Zusammenstellung dieser Fälle bei Gajus scheint nun eine vollständige, wenigstens für seine Zeit, zu sein. Wenn Paulus in L. 3 pr. D. 4, 5. noch besonders erwähnt, dass auch die Kinder des arrogatus eine cap. dem. erleiden, so können wir es dahingestellt sein lassen, ob der Fall zu Gajus Zeit bereits als cap. dem. galt, oder ob Gajus die Kinder des Arrogirten zu den hi qui adoptantur rechnet; denn als einen besonderen, selbständigen Fall werden auch wir ihn nicht gelten lassen wollen. Von anderen Fällen der cap. dem. minima berichtet nicht nur Gajus nichts, sondern schweigen die Quellen überhaupt, und doch giebt es noch eine ganze Anzahl Fälle der familiae mutatio. Erwarten freilich können wir ein Zeugniss von denjenigen Fällen nicht, welche erst in nachclassischer Zeit entstanden sind, wie die Legitimation der Concubinenkinder, die Revocation des emancipirten Kindes in die väterliche Gewalt wegen Undankes und die Befreiung von der patria potestas wegen Aussetzung oder Verkupplung Seitens des pater familias. Wohl aber könnten wir ein Zeugniss von denjenigen Fällen der familiae mutatio erwarten, welche dem classischen oder noch früheren Rechte angehören. Es sind dies:

1. die des in eine Bürgercolonie abziehenden Haussohnes;
2. die der confarreirten oder
3. durch usus in manum mariti und in seine Familie gelangten Ehefrau;
4. die familiae mutatio des Sohnes eines Latinus zufolge anniculi causae probatio, falls die Ehefrau des Latinus eine civis Romana war, deren Sohn nach einem unter Hadrian ergangenen Senatsschlusse ebenfalls civis war, sowie
5. zufolge erroris causae probatio unter derselben Voraus-

aussetzung, wie Böcking[12]) beide Fälle, wenn sie unter dem Gesichtspunkte der cap. dem. in Betracht kommen sollen, richtig einschränkt;

6. ein Fall, den Cohn nach Gajus I, 93 anführt, wenn ein Peregrine für sich und seine Kinder die civitas erworben hat, und nun die Kinder kraft kaiserlicher Specialverfügung der patria potestas des Vaters unterworfen und somit seiner familia im civilen Sinne einverleibt werden.[13])

Dagegen giebt es einen Fall der familiae mutatio, von welchem uns ausdrücklich berichtet wird, dass sich mit ihm keine cap. dem. verband: die inauguratio des flamen Dialis und die capio der virgo Vestalis.[14])

Es fragt sich nun, ob das Schweigen der Quellen über die Frage nach der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zur cap. dem. hinsichtlich der vorher genannten sechs Fälle bedeutsam ist und den Schluss rechtfertigt, dass sie insgesammt aus dem Gebiete der cap. dem. auszuschliessen sind. Für die Fälle 4—6 liesse sich freilich dieses Schweigen damit erklären, dass sie zu unbedeutend und singulär seien, als dass sie einem Juristen gerade unter dem Gesichtspunkte der cap. dem. eingefallen wären, und für die drei ersten Fälle damit, dass sie im classischen Rechte nicht mehr practisch gewesen wären, die confarreatio wenigstens nicht mehr als familiae mutatio, dass aber die classischen Juristen nur die practischen Fälle berück-

---

12) Pand. § 58 N. 28.

13) Die übrigen zwei von Cohn S. 119 angeführten Fälle können überhaupt nicht cap. dem's gewesen sein: der erste nicht, weil hier ein Latine gleichzeitig mit der Erlangung der civitas Romana der patria potestas unterworfen wird, er also als civis von Anfang an zu einer und derselben familia gehört, ohne dass noch ein Wechsel der Familienzugehörigkeit eintritt, im Uebrigen aber das Austreten aus einer peregrinischen Familie kein cap. dem. enthält, was Cohn allerdings leugnet; der zweite nicht, weil hier überhaupt keine familiae mutatio vor sich geht, sondern es sich nur darum handelt, ob der Sohn des begnadigten Verbrechers innerhalb derselben familia Oberhaupt bleibt oder Haussohn wieder wird; was er eventuell vertauscht, ist nur seine Unabhängigkeit mit der Abhängigkeit von der patria potestas. Umgekehrt mutirt auch der Haussohn, welcher durch den Tod oder durch cap. dem. magna seines Hausvaters sui juris wird, nicht seine familia (Agnatenfamilie), sondern setzt nur die bisherige Familie fort. Beide Male ist der Hausvater, nicht der Haussohn aus der Familia ausgetreten.

14) Gellius I, 12; Gajus III, 114.

sichtigt hätten. Beide Erklärungen liessen sich hören, und die letztere ist auch z. B. von Cohn S. 110 aufgestellt worden; nur nimmt sie sich gerade bei Cohn deswegen sonderbar aus, weil er doch bei der cap. dem. maxima den Gajus einen historischen Fall, nämlich den des incensus, anführen lässt. Ich glaube nun aber doch, dass alle die genannten sechs Fälle, ebenso wie der siebente, den flamen und die Vestalin betreffende, niemals als cap. dem. qualificirt worden sind; mir erscheint es doch wunderbar, dass Gajus, welcher doch fast alle diese Fälle in seinen Institutionen erwähnt, keinen einzigen zur cap. dem. stellt, und dass auch sonst von anderen Juristen, namentlich im corpus juris, nichts von der Zugehörigkeit auch nur eines der vielen Fälle zur cap. dem. verlautet. Da wir wissen, dass wirklich ein Fall der familiae mutatio nicht cap. dem. ist, so kann es auch weiter nicht auffallend sein, wenn auch andere Fälle derselben nicht diesen Charakter hatten. Die Erklärung dieser Erscheinung werde ich weiter unten geben.

Es ergeben sich sonach für das classische Recht nur jene Gajanischen vier, oder, wenn man, was zweckmässig ist, die beiden Arten der adoptio als besondere Fälle zählt, fünf Fälle der cap. dem. minima: die arrogatio (für den Arrogirten selbst und seine Hauskinder), die adoptio i. e. S., die coemptio, die emancipatio[15]) und die datio in mancipium. Somit trifft es zu, was ich oben über die Umschreibung der cap. dem. minima mit familiae mutatio gesagt habe: sie ist unrichtig, weil sie weit über das Gebiet der cap. dem. minima hinausgeht. Die familiae mutatio ist nur ein begriffliches Moment der cap. dem. minima; es gehört noch ein anderes, beschränkendes dazu. Welches ist dies? Nach dem Namen zu schliessen, muss es mit dem Begriffe der Rechtsfähigkeit zusammenhängen; da sich dieses Moment im classischen Rechte verloren hat, so müssen wir suchen, den ursprünglichen Begriff der cap. dem. an der Hand der Fälle des classischen Rechtes festzustellen. Es ist anzunehmen, dass die Fälle der cap. dem. minima auch noch im classischen Rechte ein gemeinsames Moment aufweisen, welches mit der Rechtsfähigkeit in Verbindung steht,

[15]) Gleichviel, ob sie zum sui-juris-Werden oder zum Rückfalle in die patria potestas führt.

oder doch früher gestanden hat, und welches früher für den Begriff der cap. dem. grundlegend war. Ein solches gemeinsames Moment vermag ich nun nicht in allen angegebenen fünf Fällen zu finden, wohl aber in vier Fällen, nämlich in den Fällen mit Ausnahme der arrogatio. In den übrigen Fällen ist sofort ersichtlich, dass sie lauter Rechtsgeschäfte sind, welche sich mittels des Mancipationsritus vollziehen. Dies halte ich in der That für das wesentliche Merkzeichen der cap. dem. minima einer früheren Epoche, und ich behaupte daher alles Ernstes, dass die arrogatio ursprünglich gar nicht in den Rahmen der cap. dem. gepasst und gehört hat, sondern erst später von der Jurisprudenz, als sie das ursprüngliche Wesen der cap. dem. minima nicht mehr zu erkennen vermochte, auf irgend eine Weise in die Reihe der Capitisdeminutionsfälle aufgenommen worden ist. Es ist hierfür verwerthbares Material zum Glück vorhanden; doch will ich dieses jetzt noch nicht entfalten und klarlegen, vielmehr vorläufig meine Behauptung als erwiesen annehmen, und mich jetzt der Untersuchung zuwenden, dass und inwiefern der Mancipationsritus mit dem ursprünglichen Wesen der cap. dem. zusammenhängt, oder, was dasselbe ist, in welcher Weise die mancipatio eines civis dessen civitas und dessen Rechtsfähigkeit nach jus civile berührte. Denn nicht die äussere Form der vier familienrechtlichen Rechtsgeschäfte kann der ursprüngliche, massgebende Grund zur Bildung des Institutes der cap. dem. minima gewesen sein, sondern der rechtliche Effect, welchen gerade diese Form hervorbrachte. Dieser Effect bestand nun noch im classischen Rechte darin, dass der mancipatus in die mancipii causa beim Scheinkäufer kam und damit in eine servilis conditio oder causa, also in einen sklavenähnlichen rechtlichen Zustand: er galt servi loco. Freilich büsste er nach der herrschenden Ansicht über das Wesen der mancipii causa im classischen Rechte an seiner politischen, wie Privatrechtsfähigkeit nichts ein. Wir können diese Ansicht vorläufig auf sich beruhen lassen, da es sich hier nicht um die Untersuchung des classischen Rechtes bezüglich der cap. dem. handelt; aber das behaupte ich, dass ursprünglich der in mancipii causa Befindliche allerdings eine Minderung seiner Rechtsfähigkeit überhaupt erfahren haben musste. Demnach setze ich das Wesen der cap. dem. minima nach

früherem Rechte darin, dass sie eine Minderung der Rechtsfähigkeit insofern war, als der Minuirte in die causa mancipii, in eine servilis conditio gerieth. Man nannte die Mancipation eines civis eine cap. dem., weil er einer Minderung seiner Rechtsfähigkeit durch dieselbe ausgesetzt war. Demnach habe ich zweierlei zu beweisen: erstens dass die Mancipation eines civis seine Rechtsfähigkeit berührte, und sodann, dass die cap. dem. diese Mancipation im Hinblick auf ihren rechtlichen Effect bezeichnete. Um aber nicht von Anfang an ein Misstrauen gegen meine Ansicht aufkommen zu lassen, bemerke ich noch, dass, wenn nach unsern Quellen die coemptio die Frau nicht in die causa mancipii brachte, entweder das Recht der coemptio sich im Laufe der Zeiten geändert haben oder die coemptio erst zu einer Zeit als cap. dem. qualificirt worden sein muss, zu welcher das Wesen der cap. dem. nicht mehr in der Minderung der Rechtsfähigkeit lag; denn nur bei einer dieser Annahmen kann der von mir angegebene Begriff der cap. dem. bestehen. Ich werde also auch auf das Recht der coemptio näher eingehen müssen.

Schliesslich erwähne ich noch, dass ich hier keine neue Ansicht über das Wesen der cap. dem. minima aufstelle, sondern dass dieselbe bereits im vorigen Jahrhundert hier und da geäussert ward, dass sie aber in diesem Jahrhundert so gut wie aufgegeben ist, weil dieser Ansicht bisher stets die arrogatio und coemptio entgegenstand. Allerdings wird auch noch in neuerer Zeit, und so namentlich von Savigny, die mancipatio als der Grund der cap. dem. minima für die emancipatio allein ausgegeben, weil Paulus dies in einer klaren Stelle ausspricht 16); aber mit dem Gedanken, dass der Cap.-dem.-Character der einzelnen Fälle auf verschiedenem Grunde beruhen soll, haben sich Wenige befreunden können, und daher ist auch die Savigny'sche Ansicht nicht in Aufnahme gekommen. Alle diese Bedenken schwinden natürlich, wenn es mir gelingt nachzuweisen, dass der arrogatio und vielleicht auch der coemptio der ursprüngliche Cap.-dem.-Begriff fremd ist.

Ich wende mich nun zuerst zu der Untersuchung des ursprünglichen Wesens der causa mancipii, oder wie man sie

16) L. 8 § 1 D. 4., 5.

kurz zu benennen pflegt, des mancipium; was davon im classischen Rechte übrig geblieben ist, wird sich dann leicht ermessen lassen.

§ 7.

Das mancipium. Sein Ursprung nach der herrschenden Meinung.

Den Ursprung des mancipium und sein ursprüngliches juristisches Wesen zu erkennen, ist deshalb schwierig, weil wir verhältnissmässig wenig directes und insbesondere wenig historisches Material für das mancipium überhaupt besitzen. Die uns zu Gebote stehenden Quellen, von denen die hauptsächlichsten die Institutionen des Gajus sind, gehören grösstentheils einer Zeit an, in welcher das ganze Institut bereits im Absterben begriffen war und eine Physiognomie an sich trägt, welche sichtlich nicht die ursprüngliche gewesen sein kann[1]). Nichtsdestoweniger gestattet das wenige Material, wenn es nur vollständig zusammengetragen und richtig gewürdigt wird, wichtige und klare Rückblicke in die Vergangenheit und den Anfang des Institutes. Einen dankenswerthen Beitrag zur Geschichte desselben hat Schmidt in seiner (N. 1) genannten Abhandlung geliefert; aber ich halte das Bild, welches er dort vom mancipium entwirft, weder für vollständig, noch für in allen Punkten zutreffend, und namentlich das Resultat, welches er für das ursprüngliche Wesen desselben gewinnt, kann ich nicht billigen. So ergiebt sich denn für mich die Aufgabe, die Geschichte des mancipium näher ins Auge zu fassen, um so mit seinem ursprünglichen Wesen zugleich seine Beziehung zur cap. dem. zu erkennen.

Die herrschende Meinung[2]) setzt den Ursprung des mancipium in die mancipatio eines civis, und da das römische Recht eine Selbstmancipation[3]) des homo sui juris nicht kannte, in die mancipatio eines Hauskindes durch seinen pater fam.

---

[1]) s. Schmidt das Hauskind in mancipio.

[2]) Ich folge hier namentlich Schmidt a. a. O. und Pernice Labeo I S. 168 ff.

[3]) Im eigentlichen Sinne, d. h. einen Selbstverkauf in der Form der mancipatio; in anderer Form war ein Selbstverkauf im ältesten Rechte möglich: dies ist das nexum, von welchem ich unten § 15 handeln werde.

Bleiben wir zunächst bei dieser Lehre stehen, so kann solche mancipatio zu einem doppelten Zwecke noch im classischen Rechte vorgenommen werden: einmal als ein selbständiges Rechtsgeschäft, also um ihrer selbst willen, nämlich zu dem Zwecke, das Hauskind andauernd in die causa mancipii zu bringen; dies ist im classischen Rechte nur bei der mancipatio ex noxali causa der Fall. Sodann wird die mancipatio auch lediglich als Mittel zu einem ganz ausserhalb ihrer liegenden Zwecke vorgenommen, nämlich zu dem Zwecke, das Hauskind aus der bisherigen väterlichen Gewalt zu entlassen, um es entweder sui juris zu machen, oder einer anderen väterlichen Gewalt zu unterwerfen; in dieser Verwendung für familienrechtliche Rechtsgeschäfte ist die mancipatio ein unselbstständiger Act, ein Theil eines aus mehreren Acten sich zusammensetzenden Geschäftes: man spricht alsdann von einer mancipatio dicis gratia.

Dass von diesen beiden Fällen der mancipatio des Hauskindes im classischen Rechte der letztere, in welchem sie nur eine künstliche Verwendung findet, der jüngere, die ernstgemeinte mancipatio ex noxali causa der ältere ist, liegt auf der Hand und wird auch allgemein angenommen. Aber auch die letztere gehört nach der herrschenden Meinung erst einer zweiten Entwicklungsstufe an, weil hier zwar die Uebergabe in die mancipii causa ernsthaft gemeint, der Kauf aber nur ein imaginärer, nummo uno, sei. Der erste und Musterfall der mancipatio eines Hauskindes sei demnach derjenige gewesen, in welchem der Kauf ein wahrer, reeller sei, das Hauskind vom pater fam. gegen das abgewogene aes certum selbst, also gegen ein verum pretium, an einen anderen Bürger verkauft, verhandelt worden sei. Dieses Verkaufsrecht habe der pater fam. unbeschränkt gehabt; es sei ein Ausfluss seiner patria potestas gewesen. Aber dieser Schluss ist doch nicht so ohne Weiteres aus der ursprünglichen Natur der mancipatio, welche allerdings anfänglich einen reellen Baarkauf dargestellt haben, ein materielles Rechtsgeschäft und nicht eine blosse Form gewesen sein muss, zu ziehen; die Anwendung der mancipatio in ihrer ältesten Function auf freie Menschen und Bürger, welche an sich nicht Verkehrs- und Verkaufsobjecte sind, ist damit

noch nicht bewiesen. Nun kommt freilich dazu, dass Dionys II, 27 jenen angeblichen Musterfall der mancipatio eines Hauskindes ausdrücklich bezeugt; leider aber erhalten wir aus seinem Berichte kein anschauliches Bild dieses Falles, wenigstens, wie er ihn sich gedacht hat. Hören wir daher zuerst, welchen Sinn das vermeintliche Verkaufsrecht des pater fam., welchen Zweck die mancipatio eines Hauskindes nach der heutigen Auffassung gehabt habe! Schmidt S. 3 bemerkt nur, dass das Hauskind nach der Darstellung des Dionys definitiv veräussert worden sei. Hiergegen wendet aber Jhering[4]) ein, dass dann die Beschränkung des Verkaufsrechtes auf dreimalige Ausübung nach tab. IV, 2:[5]) si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto gar keinen Sinn hätte; dieses Gesetz setze nothwendig eine zeitliche Begrenzung der mancipii causa voraus. In Erwägung dessen und auf Grund des Umstandes, dass nach Gajus I, 140 die Freilassung aus der mancipii causa auch gegen den Willen des quasidominus durch den Censor möglich ist, leugnet Jhering allgemein die Endgiltigkeit der Veräusserung, fasst er die mancipatio nur als ein Vermiethen des Kindes auf, sieht er die causa mancipii nur als einen vorübergehenden Zustand an, und zwar setzt er ihr in dem jedesmal nächsten lustrum eine feste Grenze. Des Näheren lehrte er in den drei ersten Auflagen seines „Geistes", dass die mancipii causa mit dem nächsten lustrum stets „von selbst aufhörte", und dass daher der pater fam. nur für die Dauer eines lustrum sein Hauskind verkaufen konnte; in der vierten Auflage hat er zufolge des stichhaltigen Einwandes von Schmidt S. 16 N. 60, dass Gajus I, 140 nicht von der Nothwendigkeit, sondern nur von der Möglichkeit (possunt) der manumissio censu spricht, seine Ansicht dahin geändert, dass zur censorischen Freilassung der Antrag des mancipatus erforderlich sei; nur mit Rücksicht auf dieses Erforderniss sage Gajus, der mancipatus könne seine Freiheit censu wiedererlangen, nämlich wenn er nur wolle und den diesbezüglichen Antrag stelle. Im Uebrigen hält Jhering an seiner früheren Ansicht fest, wonach also der mancipatus,

[4]) Geist II S. 184 N. 274.

[5]) Ich citire die XII Tafeln nach der Ausgabe von Bruns.

den Antrag und seine Rechtzeitigkeit vorausgesetzt, mit dem Ablaufe des lustrum vom Censor freigelassen werden musste, wenn er dies auch im Texte seiner Darstellung nicht deutlich genug ausspricht[6]). Allein, so bestechend auch diese Ansicht auf den ersten Blick ist, und so einfach sie die ganze Frage löste, so ist sie doch gerade aus Gajus I, 140, worauf sich Jhering vornehmlich stützt, nicht zu erweisen; denn dass Gajus das nicht sagt und meint, was Jhering aus seinen Worten herausliest, hat Schmidt a. a. O. zur Genüge dargethan[7]). Ferner wäre die Jhering'sche Ansicht noch dahin zu ergänzen, dass auch der ehemalige pater fam. des mancipatus antragsberechtigt war; denn er hatte ein Interesse daran, seinen Sohn wieder in seine patria potestas zurückzubekommen. Sodann aber kann es auf einen Antrag des mancipatus oder seines früheren pater fam. gar nicht unbedingt angekommen sein, der Antrag kann keine wesentliche Voraussetzung der censorischen Freilassung gewesen sein; auch der Staat, dessen berufenes Organ in diesem Falle eben der Censor war, hatte ein hohes Interesse daran, dass seinen Bürgern alle Civitätsrechte unverkümmert zustanden, und dass sie namentlich auch ihren politischen Pflichten nachkommen konnten[8]). Der Censor

---

[6]) „Die Sache ist die," sagt er S. 184, „dass das Mancipium am Sohn mit jedem Lustrum auf Antrag desselben aufgehoben werden konnte," während er „musste" hätte sagen müssen.

[7]) Nicht richtig ist es, wenn Schmidt aus Jhering's Ansicht folgern zu müssen glaubt, dass die mancipirten Töchter und Enkel mit dem nächsten lustrum, ihren Antrag vorausgesetzt, nothwendig sui juris würden, also nicht in die patria potestas zurückfielen; wenigstens ist es für die Zeit der XII Tafeln nicht richtig. Jhering S. 185 sagt ganz mit Recht: da die XII Tafeln nur des Sohnes Erwähnung gethan hatten, so wandte die (spätere) Interpretation die Bestimmung über den dreimaligen Verkauf auf Töchter und Enkel nicht an.

[8]) Aus diesem Gesichtspunkte rechtfertigt sich sogar die Annahme, dass jeder Bürger antragsberechtigt war; die Sache lag ähnlich, wie bei der vindicatio in libertatem, welche auch eine actio popularis war. Ja, es ist glaubhaft, dass auch die manumissio vindicta erzwungen werden konnte; denn was war sie anderes, als eine vindicatio in libertatem (durch einen beliebigen Bürger), wenn nur im Falle des Widerspruches des quasidominus, d. h. im Falle seiner contravindicatio, das judicium das sacramentum des letzteren für injustum erklärte; für das Urtheil des judicium aber werden dieselben Gründe entscheidend gewesen sein, wie für den Censor; s. hierüber das Folgende.

muss also das Recht der Initiative gehabt haben, er muss von Amtswegen befugt gewesen sein, unter Berücksichtigung aller Umstände, welche sich zum Theil aus der Bürgerliste ergaben, zum Theil durch Nachfragen beim quasidominus, welcher zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet war, nöthigenfalls durch Nachfragen beim mancipatus selbst oder bei dessen früheren pater fam. zu ermitteln waren, den in causa mancipii Befindlichen auch gegen den Willen des quasidominus freizulassen. Ein Antrag konnte natürlich bei ihm gestellt werden, und durch ihn konnte der Censor zur sorgfältigen Prüfung veranlasst werden; aber erforderlich war er nicht. Gajus muss also an andere Voraussetzungen für die censorische Freilassung gedacht haben, wenn er diese nur als möglich hinstellt, als allein an einen Antrag. Denn wenn der Censor auch aus eigener Initiative freilassen konnte, so durfte er doch hierbei unmöglich ganz willkürlich verfahren. Er muss einen Massstab gehabt haben, nach welchem er die Dauer der mancipii causa als durch die Billigkeit geboten berechnete, und diesen Massstab könnte m. E. nichts Anderes abgegeben haben, als der vereinbarte und bezahlte Kaufpreis, geradeso, wie sich nach der Grösse des angerichteten Schadens bez. nach dem (doppelten, dreifachen, vierfachen) Werthe der gestohlenen Sache die Dauer der mancipii causa ex noxali causa[9]) oder nach der Höhe der Iudicatssumme die Dauer des Zustandes des addicirten Schuldners bestimmte. Die Parteien werden also, das Recht des Censors zur Freilassung vor Augen habend, die Kaufsumme immer auf eine bestimmte und vielleicht geringe Anzahl fünfjähriger Zeiträume berechnet haben; diesfalls kam die mancipatio der Miethe allerdings nahe. Für den Censor galt das Princip, dass dem gezahlten Gelde ungefähr die geleistete Arbeit entsprechen musste. Stellte der mancipatus oder wer auch immer den Antrag auf Freilassung verfrüht, so gab ihm der Censor nicht statt.

[9]) Gajus I, 140 nimmt allerdings für diesen Fall mit der zu seiner Zeit herrschenden Meinung (dicitur) die Möglichkeit censorischer Freilassung gegen den Willen des quasidominus aus, aber m. E. mit Unrecht; vgl. Coll. II, 3 und § 3 I. 4, 8 (an Stelle des Censors war der Praetor getreten) und Voigt XII Tafeln II § 143 N. 12, welcher im Resultat mit mir übereinstimmt.

Aber m. E. stand auch nichts im Wege, dass der Vater seinen Haussohn endgiltig veräusserte; wurde ein Kaufpreis gezahlt, wie er für einen Sklaven, besser für den Haussohn, wenn er Sklave wäre, angemessen war, so würde ihn der Censor, wenn nicht etwa politische Motive in Betracht kamen, gar nicht oder höchstens dann erst freilassen, wenn er die Durchschnittslebenszeit eines Sklaven überschritten hätte. Aber ausser dem Kaufpreise hätte der Censor auch noch andere ins Gewicht fallende Momente berücksichtigen müssen, so z. B. langandauernde Krankheit des mancipatus, welche ihn zeitweise arbeitsunfähig gemacht, und welche dem quasidominus Heilungskosten verursacht hatte, oder wenn der mancipatus in grossen Kriegsnöthen ausnahmsweise gegen den Feind gestellt worden war und dergl. Jedenfalls verfuhr der Censor ex arbitratu boni viri, und nur in diesem Sinne sagt Gajus: der mancipatus konnte die libertas censu erlangen. So ungefähr stelle ich mir das Recht für den mancipatus ex noxali causa vor, und so müsste auch das für den gegen Entgelt veräusserten Haussohn geltende gewesen sein. Darnach gebe ich Schmidt Recht, dass das Hauskind definitiv veräussert worden sei oder es doch wenigstens werden konnte. Die obige Vorschrift der XII Tafeln bezieht sich nur auf den Fall, dass eine Freilassung überhaupt stattgefunden hat, sei es nun vindicta, censu oder testamento, eine freiwillige oder gezwungene; für diesen Fall bestimmt sie, dass der Freigelassene nicht sui juris wurde, sondern in die frühere patria potestas zurückfiel. Der Beweis, den Jhering aus ihr für seine Ansicht entnimmt, ist daher nicht stichhaltig.

Auf der Ansicht von Jhering fusst zum guten Theil Pernice,[10]) indem er wie dieser, Natur und Zweck der mancipatio im Gegensatz zu Schmidt auffasst, nur dass er Jhering's eigenthümliche Ansicht über den Endtermin der mancipii causa nicht theilt. Nach Pernice habe der Vater seinen Sohn, wenn er ihn nicht zu ernähren vermochte, als Tagelöhner an einen reichen Bürger verkauft; „hätte es schon in ältester Zeit einen Miethsvertrag gegeben, so würde eine operarum locatio geschlossen sein.“ Pernice beruft sich dafür auf Paulus

[10]) Labeo I S. 169.

V, 1 1; aber in Wahrheit liefert er damit keinen Beweis, sondern lediglich eine geistreiche Combination dessen, was er sich denkt, mit dem, was Paulus berichtet, ohne einen anderweiten Beweis der Richtigkeit dieser Combination zu erbringen und, wie ich glaube, erbringen zu können. Denn Paulus spricht gar nicht vom vergangenen, sondern vom geltenden classischen Rechte, wenn er sagt, dass ein freier Mensch nicht verkauft, wohl aber seine Arbeitskraft vermiethet werden kann; ein tieferer Sinn, d. h. eine stillschweigende Bezugnahme auf entgegengesetztes uraltes Recht liegt darin nicht, Pernice trägt sie nur hinein[11]). Soweit reichte auch das Gedächtniss der Römer, welche durchaus keine Rechtshistoriker waren, nicht; man bedenke den Abstand zwischen der Lebenszeit des Paulus und jener Zeit des entgeltlichen Verkaufes eines Hauskindes, welche noch vor den XII Tafeln liegen muss, wenn wir der hier allein massgebenden Autorität des Dionys folgen, wie ich nachher zeigen werde. Und gab es auch wirklich früher einen Verkauf des Hauskindes gegen Entgelt, so folgt doch aus Paulus noch nicht, dass die mancipatio die Natur einer Miethe hatte. Aber die Annahme eines Tagelöhnerverhältnisses des mancipatus ist für jene alte Zeit überhaupt nicht wahrscheinlich. In der Zeit der Ackerwirthschaft — und noch die Zeit der XII Tafeln fällt in die Agriculturperiode — bebaute die patricische gens, an ihrer Spitze der pater fam. selbst und mit ihm seine Kinder und sonstige Agnaten, Clienten und Sklaven, das Gentilland; fremde Tagelöhner waren nicht benöthigt und wurden jedenfalls nicht beschäftigt. War nun eine plebejische Bauernfamilie verarmt, so öffneten sich dem pater fam. zwei Wege, sich und seine Familie vor dem Elende zu retten: er wurde entweder Client oder Sklave eines anderen Bürgers, vornehmlich eines Patriciers. Am meisten empfahl sich die Clientel[12]); aber sie hatte den Nachtheil, dass mit dem pater fam. seine ganze Familie in ein Abhängigkeits- und sklavenähnliches Verhältniss gerieth, welches ungefähr der mancipii causa entsprochen haben wird. Wollte der pater

---

[11]) Auch Voigt XII Tafeln II § 93 N. 15 stützt das Verkaufsrecht des pater fam. auf obige Paulusstelle.

[12]) Mommsen röm. Gesch. I S. 190, 191, vgl. S. 442.

fam. seine Familie davor bewahren, so blieb ihm, soviel wir wissen, nichts weiter übrig, als ein nexum mit einem reichen Patricier einzugehen. Damit wählte er aber den zweiten Weg; denn das nexum brachte nach ältestem Rechte[13]) den Geldempfänger in die servitus beim Geldgeber, während seine Familie freiblieb und ihr nun das empfangene Geld zu Gute kam: das nexum war ein Selbstverkauf des pater fam. in die Sclaverei.

Nun wäre es aber denkbar, dass der pater fam. seinei Noth auch so abhelfen konnte, dass er seinen arbeitsfähigen Sohn ein nexum abschliessen liess, ihn also auf diese Weise verkaufte. Der Fall ist uns zwar nicht bezeugt, aber er ist nicht unmöglich[14]). Hat er existirt, dann war das älteste über ein Hauskind abgeschlossene Verkaufsgeschäft nicht die mancipatio, welche sich ja auch erst später aus dem nexum entwickelte (s. N. 13), sondern eben das nexum, und kam das Hauskind nicht in die mancipii causa, sondern in die servitus. Gerieth aber das Hauskind nach Allem, was wir wissen, in das mancipium des Käufers, so war das mancipium nichts Anderes als die servitus, und dies werde ich auch nachher noch näher begründen: das mancipium ist etwas Anderes, als die mancipii causa. Hiernach aber würde der Ursprung des mancipium nicht in der mancipatio liegen; es wäre vielmehr älter als diese, und das Verkaufsrecht wäre jedenfalls kein unbeschränktes gewesen.

Aber kommen wir zunächst wieder auf die angebliche, im freien Belieben des pater fam. stehende mancipatio des Hauskindes gegen Engelt zurück, durch welche dasselbe in die

---

[13]) s. unten § 15. Dass das nexum hierher gehört, darüber Varro l. l. VII, 5, 105: liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam (nach Voigt im Rhein. Mus. N. F. Bd. 33, S. 150) debebat (oder dabat), dum solveret, nexus vocatur.

[14]) Zur Eingehung des nexum war die Genehmigung des populus ursprünglich erforderlich, weil ein römischer Bürger Sklave werden sollte: gegebenenfalls mag der populus auch die Zustimmung dazu gegeben haben, dass ein Haussohn zu Gunsten seines Vaters ein nexum abschloss, oder dass dieser über ihn ein nexum abschloss. Unbeschränkt war aber demnach das Verkaufsrecht des pater fam. nicht; es beruhte nicht allein auf seiner Autonomie.

causa mancipii beim Käufer gerieth, so ist Pernice der Meinung, dass dieselbe mit dem verhältnissmässig frühen Aufkommen des Verdingungsvertrages zuerst in den Hintergrund gedrängt, dann ganz verdrängt worden sei; zu Gajus Zeit (nach I, 141), aber auch schon lange vor ihm, hätte sie nicht mehr bestanden. Dies lässt sich von seinem Standpunkte aus hören, wiewohl ich dessen Unrichtigkeit darzulegen suchte. Ganz anderer Meinung aber ist Schmidt; nach ihm hat der Fall eine von den ältesten Zeiten bis auf Justinian hinab reichende Geschichte gehabt. Er stellt sie ungefähr in folgender Weise dar.

Das uralte Verkaufsrecht des pater fam. wäre noch zu Dionysius Zeiten giltig gewesen; dieser spräche wie von einem giltigen Rechte. In der Kaiserzeit aber hätte eine wesentlich andere Auffassung Platz gegriffen, denn Gajus I, 141 erwähne den Verkauf des Hauskindes um Geld überhaupt nicht; er habe ihn also offenbar (so schliesst Schmidt) als ein seltenes Vorkommniss betrachtet. Von Paulus Zeit an sodann, in welcher sich nach sent. V, 1, 1 Verkauf von Kindern aus grosser Noth öfters zugetragen habe, bis auf Diocletian ungefähr sei dieser Verkauf als principiell ungiltig behandelt worden, das Verkaufsrecht des Vaters also negirt worden. Nur eine Ausnahme sei wahrscheinlich schon immer zugelassen worden: der Verkauf des neugeborenen Kindes, welche Ausnahme von Constantin noch dahin eingeschränkt sei, dass der Verkauf desselben nur in höchster Noth statthaft sei. Aehnlich stellt auch z. B. Walter[15]) die Sache dar. Allein ich kann mich mit dieser Geschichte des väterlichen Verkaufsrechts nicht befreunden; es fehlt ihr an jedem inneren und äusseren Zusammenhang. Zunächst habe ich aus dem Berichte des Dionys nicht den Eindruck empfangen, dass er den entgeltlichen reellen Verkauf des Kindes noch als giltig hinstellte. Er spricht in dem ganzen Abschnitte, welchem das 27. Capitel angehört, von romulischen Gesetzen und Einrichtungen und führt auch das Verkaufsrecht auf ein romulisches Gesetz zurück; das geltende Recht streift er mit keiner Silbe. Zwar sagt er, dass die Decemvirn das Gesetz auch in die XII Tafeln aufgenommen hätten, aber er fügt hinzu: nur des-

---

[15]) Röm. Rechtsg. § 538.

halb, weil sie es wegen seines ehrwürdigen Alters nicht wegzulassen gewagt hätten. Das klingt doch zum Mindesten nicht nach practischer Giltigkeit schon zur Zeit der XII Tafeln. Aber dem sei, wie ihm wolle: das Urtheil über den Bericht des Dionys wird später zu sprechen sein. Vor allen Dingen glaube ich Schmidt nicht, dass wir es mit einer fortlaufenden Entwickelung, in welcher sich das eine Glied aus dem anderen ergiebt und erklärt, zu thun haben, dass das Verkaufsrecht der späteren Kaiserzeit in jenem ganz singulären Falle in einem inneren, ursächlichen Zusammenhange mit dem angeblichen unbeschränkten Verkaufsrechte der ältesten Zeit Roms stehe. Diesen Glauben verbietet der lange, leere Zwischenraum von den XII Tafeln bis auf Diocletian, in welchem wir von dem Verkaufsrechte theils gar nichts, theils sogar von Paulus hören, dass es nicht existirt hat. Denn was Schmidt aus Gajus I, 141 schliesst, ist willkürlich; gewiss wird Jeder mit Pernice (s. oben) das Schweigen des Gajus anders deuten. Allerdings hat der Verkauf des Hauskindes eine weit zurückreichende Geschichte; aber diese Geschichte ist nicht eine des Verkaufsrechtes, sondern des Verkaufsverbotes und der mit demselben verbundenen Strafbestimmungen.

Wir wissen, dass in republicanischer Zeit und zwar sicher vor Cicero[16]) eine lex Fabia de plagiariis ergangen war, welche Käufer und Verkäufer eines civis Romanus mit nach damaligen Begriffen hohen Geldstrafen belegte, vorausgesetzt regelmässig, dass sie um die Civität des als Sklave Verkauften gewusst haben[17]). Diese Voraussetzung, welche manche Stellen als selbstverständlich weglassen[18]), wird nun in den Quellen verschieden ausgedrückt, entweder wörtlich: qui sciens liberum hominem[19]) vendiderit, emerit und dergl.[20]), oder mit der Umschreibung: dolo malo[21]), oder endlich durch beides zusammen:

16) pro Rabir. c. 3. § 8; vielleicht aus dem Jahre 183; s. Lange röm. Alterth. II S. 663.

17) Coll. XIV, 2, 2; 3, 4. L. 7 D., 48, 15.

18) z. B. Paul. u. Ulp. in Coll. a. a. O.

19) Liber homo heisst im alten jus civile immer der civis als liber ex jure Quir.

20) Ulp. in L. 1 D. 48, 15; Gajus in L. 4 D. ibid.

21) Ulp. in Coll. XIV, 3, 5.

sciens dolo malo[22]). Alle diese Ausdrucksweisen haben im classischen Rechte denselben Sinn, und dieser Sinn wird nun auch der lex Fabia zugeschrieben, gleichviel welches die Originalworte derselben waren: sciens dolo malo bedeutet nicht mehr als bloss sciens oder bloss dolo malo. Wenn wir daher auch im Texte der lex Fabia die Worte sciens dolo malo vermuthen, weil dieser Ausdruck die alte gesetzliche Bezeichnung (auch der XII Tafeln) für den rechtswidrigen Vorsatz ist[23]), sò wäre es falsch, darin eine doppelte Voraussetzung ausgesprochen zu finden, wonach der Verkauf eines civis 1. wissentlich und 2. dolose geschehen sein müsste, damit er unter die lex Fabia fiele. Sonst könnte man hieraus argumentiren: die letztere Voraussetzung schlösse den Verkauf des Hauskindes durch seinen Gewalthaber von der lex Fabia deswegen aus, weil letzterer zwar wissentlich einen civis verkaufte, aber nicht dolo malo, vielmehr auf Grund seines guten, von Altersher ihm zustehenden Rechtes. Allein, wie gesagt, war dies weder nach der Auffassung der classischen Juristen der Sinn der lex Fabia, noch wird dies heute Jemand annehmen. Man braucht sich auch nur die Motive der lex Fabia klar zu machen, um zu erkennen, dass sie gerade den Fall des Verkaufes des Hauskindes als den wichtigsten ins Auge fasste, woraus sich ergiebt, dass dieser Verkauf auch schon vor ihrem Erlasse ungiltig und rechtswidrig war.

Die lex Fabia setzte auf den wissentlichen, d. h. dolosen Verkauf eines civis eine Geldstrafe: die Ungiltigkeit des Verkaufes scheint sie nicht ausgesprochen zu haben. Warum nicht? Weil sich diese nach dem geltenden Rechte von selbst verstand. Sie war eine sog. lex plus quam perfecta, d. h. eine solche, welche neben der Strafandrohung für die untersagte Handlung diese selbst als nichtig behandelte. Zuzugeben ist dies unstreitig für den Fall, dass Jemand einen nicht in seiner Gewalt befindlichen civis verkaufte, gleichviel ob bloss der Käufer oder bloss der Verkäufer oder beide dolo malo handelten; ungiltig war der Verkauf aber auch, wenn sich keiner im dolus befand: homo enim liber, sagt Paulus, nullo pretio

---

22) Callistr. in L 6 § 2 D. h. t.

23) Voigt XII Tafeln I § 41 zu N. 30.

aestimatur. Dies war aber ein allgemeiner Grundsatz, welcher auch auf unsern Verkaufsfall Anwendung fand; auch die lex Fabia lautet ganz allgemein. Darnach gestaltete sich das Recht vor der lex Fabia so, dass der Verkauf eines civis stets ungiltig war, der unter welchen Umständen auch immer verkaufte civis jederzeit in libertatem vindicirt werden konnte und der Käufer, falls er bona fide gekauft hatte, nur den Evictionsanspruch gegen den Verkäufer hatte. Die Neuerung nun, welche die lex Fabia brachte, bestand nur in der Androhung einer öffentlichen Strafe gegen Käufer, wie Verkäufer für den Fall ihres dolus. Dass nur hierin die Neuerung betreffs des Verkaufes eines civis lag, geht aus dem ersten Theile der lex Fabia hervor, nach welchem derjenige der Strafe des Gesetzes verfällt, qui sciens civem Romanum (ursprünglich wohl liberum hominem) vinxeret vinctumque habuerit. Die Worte erinnern an den judicatus, welchen der Kläger nach den XII Tafeln domum ducere, d. h. in Haft nehmen und in Fesseln legen durfte. Diese Befugniss jedoch war dem Kläger bereits durch die bekannte lex Poetelia genommen, wenn sie auch das alte Recht noch für den noxae datus bestehen liess[24]). Die lex Fabia nahm nun das Verbot dieser lex Poetelia wieder auf, es bleibe dahingestellt, ob mit der Neuerung, dass sie die Fesselung auch des noxae datus verbot, jedenfalls aber mit der Neuerung, dass sie sich nicht mit dem einfachen Verbote der Fesselung begnügte, wie die lex Poetelia, weshalb diese auch gar bald nach ihrem Erlasse vielfach übertreten ward und schliesslich ganz in Vergessenheit gerieth, sondern es zugleich durch Androhung einer Geldstrafe wirksam machte. Dass es ähnlich auch in unserm Falle lag, dürfen

[24]) Die Bestimmungen der lex Poetelia haben verschiedene Deutungen erfahren. Savigny insbesondere nimmt an, dass durch dieses Gesetz sowohl das Rechtsgeschäft des nexum, als auch die addictio beseitigt worden sei. Doch liegt dieser Ansicht m. E. eine Verwechslung des nexus mit dem aus einem nexum Verhafteten und ferner des nexus-domum ductus mit dem addictus zu Grunde. Die lex Poetelia berührte weder das Rechtsgeschäft des nexum, jenes per aes et libram gestum, noch auch die addictio. Ersteres dürfte desuetudine abgekommen sein; letztere dauerte noch bis in das classische Recht fort. Sie verbot nur das nectere-vincire des domum ductus, des in sog. Schuldhaft Befindlichen; sie hob also auch die Schuldhaft selbst nicht auf, nur untersagte sie das in compedibus aut in nervo tenere.

wir hiernach annehmen. Für diesen enthielt sie nur das Neue, dass sowohl der dolose Verkäufer neben dem Fortbestehen seiner civilen Verpflichtung auf Evictionsleistung, als auch der dolose Käufer, welchem wohl schon vorher jeder Evictionsanspruch vom Praetor abgeschnitten worden war, in eine hohe öffentliche Geldstrafe genommen wurden. So schuf denn die lex Fabia nicht ganz neues Recht, sondern verschärfte nur das bestehende, und es ergiebt sich daraus, dass bereits vor ihrem Erlasse das angebliche Verkaufsrecht des pater fam. dem jus civile fremd gewesen sein muss. Nun muss aber die lex Fabia einen äusseren Anlass gehabt haben, welcher die Einführung einer empfindlichen Geldstrafe nöthig machte. Wir haben uns denselben etwa in folgender Weise zu denken. Ziemlich alt wird der von Paulus Sent. V, 1, 1 erwähnte Fall gewesen sein, dass ein Hausvater aus Noth seine Kinder, für deren Ernährung er nicht sorgen konnte, als Sklaven verkaufte. Verstiess dies auch gegen das Recht, so braucht doch dem Verkaufe keine betrügerische Absicht, d. h. nicht die Absicht, den Käufer zu schädigen, zu Grunde zu liegen; aber es war trotzdem möglich, dass der Käufer zu Schaden kam. War das verkaufte Hauskind schon zur Zeit des Verkaufes erwachsen, so konnte es selbst seine vindicatio in libertatem durch einen Dritten veranlassen, und dem Käufer nutzte sein Evictionsanspruch gegen den Verkäufer dann nichts, wenn dieser, wie es gewöhnlich der Fall gewesen sein wird, da der Vater eben aus Noth das Kaufgeschäft abgeschlossen hatte, arm war. Eine Schädigung des Käufers war höchstens dann ausgeschlossen, wenn das Hauskind im zarten Kindesalter verkauft war. Der Vater kümmerte sich dann um dasselbe gar nicht mehr, und das Kind selbst wuchs in der Sklaverei auf, ohne dass es von seiner Ingenuität wusste; wenn hier nicht ein Dritter, welcher zufällig den wahren Sachverhalt kannte, sich von sich aus bewogen fühlte, das Kind in libertatem zu vindiciren[24a]), so wäre die Rechtswidrigkeit des Verkaufes höchstens durch den Census aufgedeckt worden, aber wir wissen, dass dieser im letzten Jahrhundert der Republik nicht mehr abgehalten ward.

[24a]) Er riskirte damit die Sacramentssumme, falls der vermeintliche Eigenthümer contravindicirte.

Beliebt war aber schon zu Plautus Zeiten der Fall, dass der Hausvater nicht selbst sein Hauskind auf den Sklavenmarkt brachte, sondern es einem Sklavenhändler, leno, verkaufte, welcher es dann öffentlich feilbot. Namentlich blühte in dieser Form der Mädchenhandel, von welchem das Wort leno die hässliche Nebenbedeutung erhielt. Es war bekannt, dass die lenones grösstentheils freie Bürgerinnen verhandelten, und daher pflegte sich der Käufer durch stipulatio oder mancipatio gegen eine etwaige spätere vindicatio in libertatem sicherzustellen[25]). Unterliess er dies, so hatte er eintretendenfalls keinen Evictionsanspruch. In allen diesen Fällen brauchte eine Schädigung des Käufers nicht gerade beabsichtigt zu sein, ja der Käufer konnte selbst den wahren Sachverhalt kennen; man liess es eben allseitig darauf ankommen, ob der als Sklave Verkaufte dem Käufer durch den Censor oder durch einen assertor in libertatem je evincirt werden würde. Aber der Verkauf eines Freien ward auch direct in betrügerischer Absicht vorgenommen. Man kam sehr bald auf den Gedanken, den Verkauf nur als ein Mittel zu betrachten, dem Käufer das Geld aus der Tasche zu locken. Nicht nur liess sich ein Hauskind von seinem Hausvater, gleichviel ob mit oder ohne Vermittelung eines leno, als Sklaven verkaufen, um darnach verabredetermassen von einem Dritten im Bunde, bez. vom pater fam. selbst in libertatem vindicirt zu werden, sondern es ward überhaupt unter dem hauptstädtischen Gesindel Sitte, dass sich der Eine vom Andern verkaufen liess, um nachher den Kaufpreis mit demjenigen, welcher die Rolle des verkaufenden Sklaveneigenthümers gespielt hatte, zu theilen[26]). Wollte der geprellte Käufer seinen Evictionsanspruch geltend machen, so war der Kaufpreis längst verzehrt und Vermögen nicht vorhanden, oder der Verkäufer war verschwunden und aus der Menge nicht herauszufinden. Es war ein echtes Gaunerstück, bei welchem man mit dem denkbar grössten Raffinement zu Werke ging, wenn sich auch das ganze Gewebe dieses schwindelhaften Treibens nicht mehr durchschauen

[25]) s. die Belege hierzu und zum Folgenden bei Bechmann Kauf I S. 205 ff.

[26]) Dieser Fall wird in den Digesten mehrfach erwähnt.

lässt[27]). Die lex Fabia suchte nun diesem Unwesen ein Ende zu machen, indem es den dolosen Käufer wie Verkäufer mit einer öffentlichen Geldstrafe belegte. Freilich zeigt die spätere Gesetzgebung, wie wenig sie genutzt hatte. Zunächst führte ein praetorisches Edict, neben der öffentlichen Strafe der lex Fabia für den dolosen Verkäufer eines Freien, für diesen letzteren, falls er sich betrügerischer Weise von einem Andern hatte verkaufen lassen, während er vorher straflos war, eine private Geldstrafe ein, bestehend in dem Doppelten des Kaufpreises und zahlbar an den redlichen Käufer[28]). Hiernach hatte der redliche Käufer in diesem Falle eine doppelte Civilklage, welche jedesmal auf das Doppelte des Kaufpreises ging: einmal gegen den dolosen Verkäufer die Contractsklage (actio emti) wegen Eviction, und sodann die Poenalklage aus dem praetorischen Edicte[29]). Aber wo kein Geld ist, da ist auch die Androhung einer blossen Geldstrafe unwirksam, und so führte denn auch der mit der lex Fabia und dem praetorischen Edicte eingeschlagene Weg nicht zum Ziele; in der Kaiserzeit florirte jenes betrügerische Treiben wie vielleicht nie zuvor. Nun wurden strengere Massregeln ergriffen. Für den Fall des praetorischen Edictes wurde bestimmt, dass dem major viginti annis, welcher sich ad pretium participandum hatte verkaufen lassen, die vindicatio in libertatem nichts nützen sollte, dass er Sklave des Käufers sein und bleiben sollte, vorausgesetzt immer, dass letzterer bona fide war; daneben traf die lex Fabia natürlich noch den unredlichen Verkäufer. Das Recht der lex Fabia selbst aber ward insofern verändert, als man sie auf Veräusserungen

[27]) So mag z. B. ein Vater den Verkauf seines Kindes durch seinen Sklaven haben vornehmen lassen, um von sich selbst den Verdacht der Unehrlichkeit abzuwenden. Er vindicirte alsdann getrost sein Kind in patriam potestatem und leugnete, von dem Geschäfte des Sklaven überhaupt etwas gewusst zu haben, in welchem Falle er selbst von aller Haftung frei war; ein peculium aber wird er dem dazu ausersehenen Sklaven gewiss nicht gegeben, bez. belassen haben. Erst in der Kaiserzeit ahndete man den Betrug des Sklaven, si ignorante domino commiserit, d. h. wenn dem Herrn die Anstiftung nicht nachgewiesen werden konnte, mit harten Strafen; Coll. XIV, 2, 8. — Sehr instructiv ist z. B. Plautus Persa.

[28]) L. 14 ff. D. 40, 12.

[29]) L. 20 § 4 L 21 pr. D. ibid.

aller Art, Tausch, Schenkung, Dosbestellung[30]) und Pfandbestellung[31]) ausdehnte, und als man ferner die Geldstrafe, welche überdies jetzt viel zu gering erschien, ganz fallen liess und eine extraordinaria cognitio einführte, wodurch das crimen der lex Fabia zu einem capitalen wurde, welches mit der datio in metallum oder dem Kreuzestode bestraft wurde; nur für personae honestiores, welche sich ebenfalls mit dem schmutzigen Gewerbe befasst zu haben scheinen, milderte man die Strafe dahin, dass sie ademta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur[32]). Später überliessen kaiserliche Constitutionen die Feststellung der Strafe dem Ermessen der Magistrate[33]). Von diesem strengen Rechte, welches allgemein für jeden Verkauf eines freien Menschen, also auch für den eines Hauskindes, und unabhängig von den etwaigen Motiven des Verkaufes, also auch für den Verkauf aus Noth[34]) galt, machte erst Constantin die Ausnahme, dass der Verkauf eines neugeborenen Kindes aus Noth giltig sein sollte[35]). Erst von Constantin an datirt also das (beschränkte) Verkaufsrecht des Vaters nach unsern Quellen.

Aus dieser geschichtlichen Entwicklung des Rechtes der lex Fabia und der sich an sie anschliessenden Verordnungen ist ersichtlich, dass sich die durch sie bekämpfte Gewohnheit des Verkaufes von Hauskindern und überhaupt Bürgern ganz aus sich selbst herausgebildet hat und in gar keinem Zusammenhange mit dem angeblichen Musterfall der entgeltlichen mancipatio eines Hauskindes steht, und dass daher die geschichtliche Entwicklung eines Verkaufsrechtes des Hausvaters, wie sie Schmidt vorträgt, in sich zerfällt. Vielmehr hat die Geschichte der lex Fabia den Beweis erbracht, dass diese das angebliche Verkaufsrecht des pater fam. nicht etwa erst aufhob oder gar noch fortbestehen liess, sondern dass von demselben auch für die unmittelbar vor ihrem Erlasse liegende Zeit keine Rede sein kann, ja, dass nach Dionys schon die

30) L. 4 D. 48, 15.
31) Paulus V, 1, 1.
32) Coll. XIV, 2, 2.
33) Coll. XIV, 6.
34) Siehe die Belege bei Schmidt S. 5 N. 14 und 15.
35) Doch hatte der Vater das Einlösungsrecht; s. Schmidt N. 16 u. 17.

XII Tafeln das Verkaufsrecht des pater fam. nicht mehr als practisch anerkannten, vorausgesetzt, dass der ganze Bericht des Dionys nicht auf einem Irrthum beruht. Hat es jemals ein solches Verkaufsrecht gegeben, so gehörte dasselbe einem in nebelhafter Ferne liegenden Rechte an, welches in historischer Zeit längst nicht mehr galt. Dieses etwaige Verkaufsrecht lag aber ganz anders, als die herrschende Meinung annimmt.

Ich will nun aber noch schliesslich auf die Beweiskraft der Quellen eingehen, welche der herrschenden Meinung zur Unterlage dienen, vor Allem auf den Bericht von Dionys. M. E. hat Dionys das in Rede stehende Verkaufsrecht des pater fam. unbeabsichtigt erfunden, weil er, der Grieche, aus begreiflichem Irrthume das Zwölftafelgesetz: si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto! falsch verstanden hat. Er nahm das Wort venumdare wörtlich als ein Verkaufen im gewöhnlichen Sinne, also gegen einen reellen Kaufpreis, als eine wahre emptio venditio, während es soviel wie das zur Zeit der XII Tafeln anscheinend noch nicht im Gebrauche gewesene Wort mancipare[36]) bedeutet, und zwar ist hierbei an die mancipatio nummo uno gedacht, mag sie nun geschehen Zwecks Emancipation oder Adoption oder hauptsächlich ex noxali causa. Welchen Werth wir überhaupt einer Dionysischen Interpretation der XII Tafeln beizumessen haben, kann nicht zweifelhaft sein; die Fähigkeit, altrömische Verhältnisse zu beurtheilen, ist dem Dionys schon längst abgesprochen. Vermochten doch selbst die classischen Juristen und ihre Gewährsmänner nicht immer in den Geist der XII Tafeln einzudringen! So wenig, wie wir gesonnen sein werden, aus dem blossen Zwölftafelgesetze das Recht des pater fam., nur um des Gelderwerbes willen seine Hauskinder zu verkaufen, abzuleiten, kann uns der Versuch des Dionys überzeugen. Mehr aber als ein eigener Constructionsversuch, als eine eigene Speculation ist die Ausführung des Dionys gewiss nicht[36a]); denn kein einziger römischer Jurist, kein einziger römischer Schriftsteller

---

[36]) S. unten § 8.

[36a]) Das zeigt schon sein Urtheil, dass die väterliche Gewalt ehemals härter gewesen sei, als die über Sklaven.

oder Geschichtsschreiber weiss uns von jenem Verkaufsrechte etwas zu berichten. Zwar bringt Voigt[37]) noch einige Zeugnisse ausser der Stelle des Dionys und des Paulus V, 1, 1 bei; aber auch sie sind nicht beweisend. Zunächst ist bei Plautus Persa III, 1, 8. 10. 12. 29 davon die Rede, dass Saturio seine Tochter um Geld verkaufen will. Allein abgesehen davon, dass Saturio es ungewiss lässt, ob er einen reellen Verkauf oder eine coemtio (III, 1, 54 ff.) beabsichtigt, welche ja auch unter der venditio verstanden werden kann[38]), so wissen wir aus der ganzen Tendenz der Comödie, dass es sich um einen betrügerischen Verkauf der Tochter handelt, welche sofort nach vollzogener venditio von ihrem Vater in libertatem vindicirt werden soll[39]), ganz so, wie ich es oben dargestellt habe[40]). An ein Verkaufsrecht des pater fam. ist hierbei nicht zu denken; die Tochter ist nur ihrem Vater gehorsam, wenn sie auch nicht weiss, worum es sich handelt, und der Verkauf soll auch gerade keine mancipatio sein, sondern eine formlose venditio[41]), alles dies, weil es nur auf einen Betrug abgesehen ist. Sodann beruft sich Voigt noch auf Paulus in L. 63 pr. D. 35, 2. Hier ist allerdings die Rede davon, dass ein Vater seinen filius naturalis, welchen ein Anderer besitzt, von diesem kauft. Dass ihn der Vater verkauft hat, davon wird zunächst nichts gesagt. Aber wäre dies auch vorauszusetzen, und handelte es sich wirklich um einen wahren Verkauf freier Kinder, so würde die Allgemeingiltigkeit solchen Verkaufes damit ausgesprochen sein, was doch gegen alle Grundsätze des römischen Rechtes ist und mit Paulus V, 1, 1 selbst nicht zu vereinbaren ist. Zweifelsohne aber stellt Paulus, richtiger Pedius (L. 33 pr. D. 9, 2) giltiges Recht dar. Schon aus L. 63 pr. geht hervor, dass der zu kaufende filius nicht ein freier Mensch ist, sondern ein Sklave; für die pretia rerum, nicht freier Menschen, wird eine Norm aufgestellt; homo (= servus, nicht liber homo) aestimatur; eadem causa est ejus servi, qui noxam nocuit:

---

37) XII Tafeln II § 93 N. 15.

38) Vgl. das venumdare in dem obigen Zwölftafelgesetz.

39) Persa I, 3, 83; IV, 9.

40) N. 27.

41) Persa IV, 3, 55, 56; 4, 40. 118; 7, 5.

hier ist es deutlich gesagt, dass nur ein Sklave in Rede steht. Bestätigt aber wird dies noch mehr durch L. 33 pr. cit., wo nach einer eigenen Stelle des Paulus die ganze Ausführung des Pedius, hier unter seinem Namen, folgt, während der Redactor der L. 63 die Angabe des Autors gestrichen hat. Si servum meum occidisti, sagt Paulus, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit; also der filius naturalis ist ein mit der eigenen Sklavin gezeugter Sohn, mithin auch ein Sklave, und dasselbe gilt auch von dem filius naturalis bei Pedius, wie der Zusammenhang lehrt. Aber auch der filius alienus kann nur ein Sklave sein; man setze z. B., dass der filius der Sohn eines Freigelassenen ist, welcher in der servitus zurückgeblieben ist. Uebrigens zeigt der Schluss der L 33 pr., sowie der Platz derselben in dem Titel ad legem Aquiliam, dass es sich um einen noxae dedirten Sklaven handelt, und nur soviel ist noch zuzugeben, dass der filius alienus ein ebenfalls ex noxali causa mancipirter Haussohn ist, also servi locum obtinet.

Sonach ist das Verkaufsrecht des pater fam. vor Constantin in der That unbeglaubigt. Schon dieser Umstand lässt den Zweifel an seiner Existenz begründet erscheinen. Aber es ist auch an sich unwahrscheinlich, dass der Hausvater gerade in alter Zeit die unbeschränkte Macht gehabt hätte, ohne Grund seinen Sohn in die Sklaverei zu geben, während er doch die sacrale Pflicht hatte, für männliche Nachkommen als die Träger der Familiensacra und die Fortpflanzer der Familie zu sorgen und, wo sie die Natur versagte, durch arrogatio oder adoptio künstlich zu beschaffen. Bedurfte doch schon die arrogatio der Zustimmung des populus! Ohne dringenden Grund durfte der Haussohn gewiss nicht der Familie entrissen werden, sei es nun durch arrogatio, oder durch entgeltlichen Verkauf, und ebensowenig konnte der Staat es dulden, dass einem Bürger die civitas mit ihren Rechten und Pflichten geschmälert werde. Daher habe ich die Anwendung des nexum auf den Haussohn für vielleicht zulässig erklärt, weil hier eine Prüfung durch die Volksgemeinde stattfand und der etwaige Verkauf in der Form des nexum mit Genehmigung derselben geschah. Dass sich hieraus aber ein unbeschränktes hausherrliches Verkaufsrecht entwickelt habe, kann ich nicht zugeben, mag dasselbe auch mit der sonstigen Entwickelung des nexum in Einklang

stehen. Seitdem die Genehmigung des nexum seitens des populus fortgefallen und seitdem das nexum ein Privatact geworden war, musste auch das Verkaufsrecht des pater fam. in Wegfall kommen; denn es war doch etwas Anderes, dass sich ein Gewaltfreier selbst verkaufte, als dass er sein Hauskind veräusserte. Hätte das Verkaufsrecht auch noch diese Wandlung des nexum mitgemacht, so wäre doch die Voraussetzung seiner Ausübung wie früher immer noch die Nothlage des pater fam.[42]) gewesen; wer aber sollte hier prüfen? Dass ein Gewaltfreier nicht ohne Noth durch Eingehung eines nexum sich dem strengen Schuldrechte unterwerfen würde, war vorauszusetzen und ist durch die politische Geschichte vollauf bestätigt; hier bedurfte es daher auch keiner Prüfung und Genehmigung des populus mehr; aber wer bürgte dafür, dass nicht ein gewissenloser Vater sein Kind ohne zwingenden Grund veräussern würde? Und waren wirklich hiergegen Sicherungsmassregeln getroffen, so musste doch das Verkaufsrecht mit dem Abkommen des nexum selbst gegenstandslos werden.

Es ist fast Sitte geworden, bei Gelegenheit der Besprechung des mit Unrecht behaupteten Rechtes des pater fam., seine Kinder nach freiem Belieben um Geld an einen Mitbürger zu mancipiren, zugleich des andern behaupteten hausherrlichen Rechtes, die Hauskinder trans Tiberim zu verkaufen, zu gedenken, weil dieses als ein Seitenstück zu jenem hingestellt wird; darin soll ein indirecter Beweis für die Existenz jenes ersten Rechtes liegen. Dies rechtfertigt es, wenn auch ich mit kurzen Worten auf dieses angebliche zweite Recht eingehe. Ob überhaupt ein solches jemals existirt hat, ist mir ebenfalls zweifelhaft; jedenfalls halte ich zweierlei für feststehend: das Eine, dass dieses Recht kein wahres Seitenstück zu dem obigen unbeschränkten Verkaufsrechte, sondern höchstens ein Seitenstück zu dem von mir angenommenen beschränkten Verkaufsrechte ist; und das Andere, dass auch dieses nicht quellenmässig zu belegen ist. Denn genau genommen beruht die Annahme dieses Rechtes,

[42]) Also Verkauf aus Noth! Ich brauche wohl aber nicht noch einmal zu erwähnen, dass hiermit die Constantinische Constitution in keinem Zusammenhange steht.

so verbreitet sie ist, und so energisch sie immer wieder vertheidigt wird[48]), nur auf zwei Stellen, allerdings von keiner geringeren Autorität als Cicero: de orat. I c. 40 § 181 und pro Caec. c. 34; aber deren Beweiskraft ist hinfällig, weil Cicero selbst über diesen Fall nicht bloss nichts Näheres berichtet, sondern wahrscheinlich auch nichts Näheres zu berichten wusste, weil er ihm selbst unklar war.

Cicero spricht in beiden Stellen von der venditio durch den pater suus, und zwar stellt er diese mit der venditio eines civis durch den populus oder pater patratus auf eine Linie. Da im letzteren Falle der Verkauf trans Tiberim (also an ein nichtlatinisches Volk) geschieht, der Verkaufte also seine civitas verliert, so ist zu schliessen, dass der Verkauf durch den pater suus ebenfalls trans Tiberim geschah; damit stimmt überein, dass nach Cicero in beiden Fällen das postliminium ausgeschlossen ist. Daraus geht hervor, dass die venditio des suus keine mancipatio an einen Mitbürger war, obwohl auch diese ursprünglich Civitätsverlust für den Mancipirten zur Folge hatte, was ich später zeigen werde; denn von einem postliminium kann hier ohnehin nicht die Rede sein. Ist nun aber wirklich aus den beiden Stellen auf die Gegenansicht zu schliessen? Schmidt giebt zu, dass die Stelle pro Caec. als Beweismittel nicht tauglich ist; aber auch die andere Stelle wäre so allgemein gehalten, dass sie als positives Zeugniss nicht verwerthet werden könnte, wenn nicht gerade der Ausschluss des postliminium für das Gegentheil spräche. Es fällt vor Allem ins Gewicht, dass Cicero den Fall selbst nicht mehr als practischen kennt; er hätte sich sonst näher über ihn verbreitet und pro Caec. eine bessere Antwort auf die aufgeworfene Frage gegeben. Wenn man erwägt, dass er den Satz in beiden Stellen in demselben Zusammenhange und mit denselben Worten anführt, so liegt es nahe, in ihm eine alte Formel, eine Rechtsantiquität aus der alten Pontificalschule zu sehen, welche sich von Generation auf Generation fortgepflanzt hat: memoriae sic proditum est. Es war ein alter staatsrechtlicher Grundsatz, dass der vom pater suus oder vom

---

[48]) Danz Lehrb. I § 104. Pernice Labeo I S. 168 N. 2. Schmidt a. a. O. S. 8 N. 11.

pater patratus bez. populus verkaufte Bürger kein postliminium habe, welchen das Zeitalter Ciceros in dem ersten, den Verkauf durch den pater suus betreffenden Theile nicht mehr verstand, weil der Fall längst veraltet war, und in dem zweiten Theile, welcher einen Fall betrifft, der noch practisch sein könnte, nicht mehr für anwendbar hielt, über dessen Geltung wenigstens schon zur Zeit des numantinischen Krieges unter den Staatsrechtslehrern und Staatsmännern Zweifel bestanden, und über welchen man sich jedenfalls formell hinwegsetzte, wie der bekannte Fall des Mancinus lehrt. Hiernach gehört unser Fall der alten Geschichte an, dessen Thatbestand und Einzelheiten nicht memoriae prodita waren, und den sich daher Cicero anscheinend nach eigenem Verständnisse zurechtlegt. Es ist also nicht nöthig, dass wir Cicero unbedingten Glauben schenken; wir werden daher auf unsere eigene Geschichtskenntniss angewiesen[44]). Wie dachte sich Cicero den Fall? Wen verkauft der pater suus? Er sagt es nur pro Caec.: eum, quem in suam potestatem susceperat. Das Wort suscipere klingt so, als ob ein leibliches Hauskind gemeint wäre, welches der pater fam. selbst in einer echten römischen Ehe gezeugt hätte. Allein für die Adoptivkinder muss dasselbe Recht gelten; statt suscipere wäre also besser recipere zu schreiben. Ich beziehe aber den Fall gar nicht auf Hauskinder, familiares i. e. S., wie Cicero anscheinend, sondern auf die in causa mancipii Befindlichen, die familiares i. w. S. waren. Von diesen konnte und sollte der pater fam. nur diejenigen trans Tiberim verkaufen, welche ihm ex noxali causa mancipirt worden waren. Nur auf diese passt der obige Grundsatz. Der pater suus ist nicht der leibliche oder Adoptivvater, wie man aus dem Worte suus schliessen könnte, sondern der quasidominus. Das Wort suus steht im Gegensatz zum patratus; vielleicht hiess es auch ursprünglich: pater fam.; jedenfalls ist pater suus und pater fam. i. w. S. auch der quasidominus. Den ex noxali causa Mancipirten darf nun,

[44]) Cohn, welcher ebenfalls das Verkaufsrecht des Vaters leugnet, erklärt S. 71 N. 1. die Stelle pro Caec. kaum befriedigend, wenn er mit der Annahme eines höchst singulären Falles helfen will; mit der Auslegung der Stelle de orat. vollends ist es ihm nicht gelungen, die Gegenansicht zu widerlegen.

nach einem Zwölftafelgesetze wahrscheinlich, der pater fam. ebensowenig bei sich behalten, wie den nexus oder addictus; er muss ihn entweder freilassen oder tödten oder trans Tiberim verkaufen[45]). Es findet also derselbe Verkauf statt, wie wenn der populus selbst einen Bürger verkauft. In beiden Fällen wird dem Verkauften das jus postliminii abgesprochen, in beiden Fällen aber nur, weil der Verkauf zur Strafe geschieht, zur Strafe für ein begangenes Delict. Für den Verkauf durch den populus beweisen dies alle hierhergehörigen Fälle. Das postliminium wird nur solchen gewährt, welche, ohne eine strafbare Handlung begangen zu haben, die civitas Romana verloren haben, so namentlich den captivi[46]), aber auch allen, welche freiwillig die civitas aufgegeben haben, nämlich durch Annahme eines anderen Bürgerrechtes, selbst wenn sie sich über die aufhebende Wirkung solcher Annahme im Irrthum befunden haben. Wer also den Verkauf des Hauskindes auch nur zur Strafe erfolgen lässt, etwa auf Grund eines judicium domesticum[47]), wer mithin die Verkaufsbefugniss des pater fam. als das richtige Correlat des jus vitae ac necis auffasst in dem Sinne, dass es nur ein aus der Strafgewalt oder Strafvollstreckungsgewalt des pater fam. fliessendes Recht ist, mag das Urtheil im judicium domesticum oder publicum ergangen sein, wie es Pernice thut, befindet sich wenigstens hiermit nicht im Widerspruche, obgleich dies nicht aus Cicero hervorgeht, und obgleich sich nirgends in der römischen Geschichte ein derartiger Fall vorfindet[48]). Wer

---

[45]) S. darüber unten § 17.

[46]) Der auch noch von Schmidt getheilte Irrthum, dass das postliminium nur ein Vorrecht der captivi sei, ist wiederholt und neuestens noch von Cohn klargestellt.

[47]) Danz a. a. O. für Cic. pro Caec. und zum Theil für Cic. de orat. Voigt XII Tafeln II § 93 N. 12. Leist graeco-ital. Rechtsg. S. 60.

[48]) Entscheidend sollte Constantin in L. 10 C. 8, 47 sein: libertati a majoribus tantum impensum est, .ut patribus, quibus jus vitae in liberos necisque potestas erat permissa, eripere libertatem (sc. liberis) non liceret. Dem jus vitae ac necis des pater fam. entsprach also nicht ein Verkaufsrecht desselben, während der populus seinen Mitgliedern gegenüber beide Rechte hatte. Analog ist, dass zwar der Bestohlene das Recht hat, den ertappten nächtlichen oder sich zur Wehr setzenden Dieb sofort zu tödten, nicht aber

aber, wie Jhering[49]) und Danz[50]), die väterliche Verkaufsbefugniss, gleichwie das jus vitae ac necis, lediglich als einen selbstverständlichen Ausfluss der Unbeschränktheit und Allmacht der patria potestas auffasst, nicht anders, als die Befugniss freizulassen oder lebenslänglich in der Gewalt zurückzubehalten oder zu verheirathen, wer also in ihr das Recht sieht, das Kind auch um des Gelderwerbes willen zu verkaufen, der dürfte sich doch in dem Wesen der patria potestas irren, und der geräth insbesondere in Widerspruch mit dem von Cicero überlieferten Grundsatze und der Bedeutung des Ausschlusses des postliminium. Warum sollte denn auch dem unschuldigen Kinde, welches ein herzloser Vater verhandelt hätte, mag ihn auch dafür der Censor strafen, die Rückkehr nach Rom und die Wiedererlangung des Bürgerrechtes abgeschnitten sein? — Aus dem Gesagten ergiebt sich: es ist nicht bezeugt, dass der pater fam. das Recht hatte, seinen vollfreien familiaris, sein Hauskind nach Willkür in die Fremde zu verkaufen, und es ist unwahrscheinlich, dass er dieses Recht auch nur als eine Strafmassregel gehabt hätte; das Princip bei Paulus V, 1, 1 gilt auch hier. Wohl aber konnte nicht bloss, sondern musste sogar der familiaris, welcher in mancipio des pater fam. ex noxali causa war, trans Tiberim verkauft werden, und auf diesen dürften die beiden Cicero-Stellen am besten zu beziehen sein.

§ 8.

Fortsetzung. Die ursprüngliche Bedeutung von mancipium.

Fällt nach dem vorigen Paragraphen jener nach der herrschenden Meinung älteste und Musterfall der mancipatio

das Recht, ihn ohne Weiteres trans Tiberim zu verkaufen. Das Tödtungsrecht beruht auf der Hausgerichtsbarkeit des Hausherrn, welcher den offenkundigen Dieb nicht erst vor das Hausgericht zu stellen braucht: deprensus pro judicato; lässt er ihn aber leben, so erhält er das Verkaufsrecht nur dadurch, dass er ihn zu seinem Sklaven macht, bez. dass er sich ihn addiciren lässt; es entspringt also nicht unmittelbar aus seiner eigenen Gerichtsbarkeit und überhaupt nicht aus ihr, sondern ist der Ausfluss der dominica potestas, welche hier insofern beschränkt ist, als das Verkaufsrecht zu einer Verkaufsverpflichtung umgewandelt ist.

49) Geist II S 184.

50) a. a. O. für Cic. de orat. I, 40.

eines Hauskindes um Geld weg, so bleibt als der wirklich älteste Fall der mancipatio eines Hauskindes nur die noxae deditio übrig. Freilich ist hieraus nicht zu folgern, dass nun die noxae deditio auch der älteste Fall war, in welchem ein Hauskind in das mancipium gelangte; denn ich halte die Voraussetzung der herrschenden Meinung, dass das mancipium nur durch die mancipatio gewirkt werden könne, eine Voraussetzung, welche nicht einmal für das spätere republicanische und auch noch classische Recht zutrifft[1]), für falsch. Sie beruht lediglich auf einer einseitigen Auffassung der Bedeutung von mancipium, und zu dieser giebt allein die Stammverwandtschaft von mancipium und mancipatio Veranlassung. Ich habe schon oben bemerkt, dass wir vielleicht im nexum das älteste Rechtsgeschäft zu erblicken haben, durch welches der Haussohn in das mancipium gerieht, dass aber das mancipium in diesem Falle nicht eine conditio servilis, sondern die servitus selbst darstellt. Ist aber die mancipii causa unzweifelhaft nur das erstere, so haben wir zwischen mancipium und mancipii causa zu unterscheiden; die letztere ist ein Rechtsverhältniss, welches sich aus dem mancipium zufolge einer gewissen Entwicklung gebildet hat. Bevor ich auf diese Entwicklung eingehen kann, habe ich zuerst jene Bedeutung von mancipium zu beweisen.

Zwei Bedeutungen[2]) von mancipium sind es hauptsächlich, welche uns in den Quellen entgegentreten; beide stehen unleugbar im Zusammenhange mit dem Institute der mancipatio, wie der herrschenden Meinung unbedingt zuzugeben ist. Einmal heisst mancipium soviel wie mancipatio selbst, bezeichnet also ein (bestimmtes) Rechtsgeschäft, einen Act. Diese Bedeutung hat das Wort in der Wendung mancipii causa, in welcher es einen Zustand bezeichnet, natürlich nicht. Die andere, nicht minder feststehende und gerade hier wesentliche Bedeutung ist die des Eigenthumes, zwar nicht absolut des Eigenthumes, sondern relativ des durch die mancipatio erworbenen oder zu erwerbenden Eigenthumes. In dieser Be-

---

[1]) Auch in der Form der in jure cessio kann die noxae datio vor sich gehen; Voigt XII Tafeln II § 143 N. 6.

[2]) Die dritte Bedeutung, in welcher mancipium den Sklaven bedeutet, lasse ich vorläufig bei Seite.

deutung steht das Wort häufig in den Wendungen, welche wir zuerst bei Plautus, dann aber auch bei späteren Schriftstellern bis auf die classischen Juristen herab antreffen: mancipio dare, accipere und ähnlichen. Zwar haben Manche diese Bedeutung in den genannten Wendungen bestritten, indem sie die Form mancipio für den ablativus instrumenti gelten lassen und daher für identisch mit mancipatione ansehen wollen. Allein es wäre doch auffallend, dass in solchen Verbindungen immer nur das Wort mancipium, nie das der späteren Zeit geläufigere Wort mancipatio selbst gebraucht wird. Plautus ferner verwendet mancipio auch in Verbindung mit promittere und poscere: hier muss es unbedingt die Bedeutung von Eigenthum haben und Dativ sein, eine promissio mancipatione wäre ein Unding[8]). Schliesslich hebt noch Voigt XII Tafeln II § 84 N. 1 a. E. mit Recht hervor, dass das mancipio dare und dergl. durchaus dem dare, accipere dono, faenori, mutuo, pignori, hypothecae u. s. w. entspricht. Mancipio dare heisst also: zum Eigenthum geben, allerdings mit der stillschweigenden Beschränkung, dass dies in der Form der mancipatio geschieht. Diese Bedeutung bekundet zuerst Plautus, und so muss ich für das Recht von des Plautus Zeiten an der herrschenden Meinung beipflichten, dass das mancipium regelmässig durch mancipatio entsteht, die mancipii causa also auch Veräusserung durch mancipatio voraussetzt; nur müssen wir der mancipatio die in jure cessio gleichsetzen. Immer aber bleibt mancipium das in gewisser, förmlicher Weise erworbene Eigenthum für die Zeit nach Plautus. — Nun aber erhebt sich die Frage, welche Bedeutung von mancipium die ältere ist. Voigt hält die erstere dafür; wäre dies richtig, so hätte die herrschende Meinung für alle Zeit Recht gehabt. Ich werde Voigt's Annahme unten zu widerlegen suchen und nehme jetzt als bewiesen vorweg, dass jene zweite, zuerst bei Plautus begegnende Bedeutung die ältere ist. Daran knüpft sich aber die weitere Frage, ob der relative Eigenthumsbegriff in dem oben ange-

---

8) Bechmann Kauf I S. 205 ff. und besonders S. 207 N. 1 gegen Rudorff, nach welchem mancipio promittere eine promissio durch mancipatio sein soll.

gebenen Sinne von Anfang an dem Worte beigewohnt hat. Da uns positive Zeugnisse dafür oder dawider nicht zur Seite stehen, sind wir lediglich auf die Etymologie des Wortes angewiesen.

Dieses Hilfsmittels zur Erkenntniss der ursprünglichen Bedeutung von mancipium bedient sich nun die gewöhnliche Meinung im Grunde nicht, obgleich sie häufig die Etymologie zu verwerthen glaubt und sucht. Klar ist, dass das Wort mancipium von dem Stammwort manucapere nach Bildung und Bedeutung abzuleiten ist, ebenso wie das andere Substantiv manceps, und dass das Verbum mancipare ebenfalls auf manucapere zurückgeht. Während aber mancipium und manceps unmittelbar aus dem Stammwort manucapere abgeleitet sind als die zu ihm gehörigen Substantiva, ist die Ableitung des Verbum mancipare aus manucapere nur eine mittelbare, indem dieses erst den in den Substantiven mancipium und manceps liegenden Stamm mancip — voraussetzt. Dieser nur mittelbare Zusammenhang des Wortes mancipare mit manucapere wird nun aber häufig ganz verkannt; man führte jenes vielmehr gewöhnlich unmittelbar auf dieses zurück, indem man lehrte, dass der Act des manucapere der mancipatio, dem Acte des mancipare, ihren Namen gegeben habe[4]), und mit diesem Fehlgriffe hing weitere zusammen, dass man die bestimmte, prägnante Bedeutung, welche dem Worte mancipare von Anfang an zukam, nun ohne Weiteres rückwärts auch den Wörtern manucapere, mancipium und manceps beilegte und unterschob, in welcher sie also eine Beziehung zu dem eigenthümlichen Rechtsgeschäfte der mancipatio hätten, wenn man nicht gar mancipare bloss für das syncopirte manucapere hielt[5]). So lehrt z. B. Puchta geradezu, dass ein manucapere nur bei den res mancipi, d. h. nur in der Form der mancipatio stattfinde, und dieselbe Vorstellung schwebt Böcking[6]) vor, wenn er sich das manucapere als das civile Rechtsgeschäft in der

---

[4]) z. B. Puchta Inst. II § 238 S. 200. Voigt XII Tafeln II § 84 N. 2. vgl. Kuntze Excurse S. 86.

[5]) So allem Anscheine nach Jhering Geist III S. 538: manucapitur = mancipatur.

[6]) Pand. § 46 N. 19.

Form der, wenn auch ursprünglich nach seiner Meinung anders gearteten mancipatio denkt. Wie manucapere als ein Act lediglich der mancipatio gedacht wird, so wird auch mancipium, in dessen beiden bekundeten Bedeutungen man gewichtige Stützen hatte, ebenfalls mit der mancipatio in nothwendigem Zusammenhange stehend gedacht, und selbst Bechmann, welcher S. 145 N. 2 die ursprüngliche Bedeutung von manucapere schlechthin in das einseitige Erwerben setzt, macht sich nicht von der herkömmlichen Vorstellung los, wenn er die Bedeutung von mancipium nicht aus der von manucapere, das er als Ableitungswort ausdrücklich zugiebt, sondern aus der von mancipare, das er ganz unerwartet heranzieht, beweisen will, und wenn er den manceps nur als den Veräusserer innerhalb der mancipatio, als den Mancipanten ansieht. Bei solcher vorgefassten Meinung kann die Etymologie nicht zu ihrem Rechte kommen, sie trübt den Blick. Für mich gilt es in erster Linie, die blosse Wortbedeutung von manucapere nach seinen beiden Bestandtheilen festzustellen und daraus die juristische Bedeutung abzuleiten, darnach die Bedeutung von mancipium und manceps nach allgemeinen Sprachgesetzen zu bestimmen und der späteren Verschiebung derselben nachzugehen und schliesslich zu zeigen, wie sich Name und Bedeutung von mancipare gebildet hat.

Manucapere heisst in seiner Zusammensetzung wörtlich und eigentlich mit der Hand anfassen, ist also ungefähr sinngleich mit rem manu adprehendere oder, was die Wirkung darstellt, tenere[7]). In dieser vulgären Bedeutung treffen wir es bei den späteren Römern an, welche fälschlich mit ihr das mancipium oder die mancipatio erklären wollen[8]), fälschlich, weil sie das Wort nicht in seiner juristisch-technischen Bedeutung, auf welche es allein ankommt, nehmen; aber sie führen uns doch wenigstens auf die richtige Fährte. Als Rechtsterminus hat manucapere einen prägnanten Sinn, ganz so wie das stammverwandte occupare. Beide drücken mit sinnlicher Unmittelbarkeit die reale Besitzergreifung aus, also einen Erwerbsact. Aber der Begriff des manucapere scheint

---

7) Bechmann Kauf I S. 69 ff.

8) Voigt XII Tafeln II § 84 N. 12.

zunächst ein engerer zu sein. Occupatio bezeichnet nicht bloss den privatrechtlichen Besitzergreifungsact, sondern auch den staatsrechtlichen: als occupatio bellica in einem justum bellum, welches der populus führt, ist sie Besitzerwerb an Land und Beute seitens des populus; manucapere aber bezeichnet anscheinend immer nur den privatrechtlichen Besitzergreifungsact des Einzelnen. Sodann gehört der Begriff des manucapere dem jus civile ausschliesslich an, oder ist doch auf dieses allein mit Entstehung des jus civile beschränkt worden; die occupatio dagegen ist ein altpatricisches Institut des jus publicum oder jus gentium (sc. patriciarum) gewesen und hat sich als solches auch noch nach der Enstehung des jus civile erhalten z. B. in der occupatio agri publici, über welche ich noch weiter unten sprechen werde. Freilich ist die occupatio als ein materiell italisches Rechtsinstitut auch ein civilrechtliches Institut geworden. Vergleichen wir nun die privat- und civilrechtliche occupatio mit dem manucapere, so haben beide ursprünglich denselben Begriff gehabt; beide bedeuteten den durch Besitzergreifung (occupare und manucapere im vulgären Sinne) vermittelten und vollzogenen Erwerb des Eigenthumes ex jure Quir., mag das Erwerbsgeschäft ein einseitiges oder zweiseitiges sein. Für die occupatio werde ich dies nachher nachweisen; für das manucapere berufe ich mich auf L. 71 pr. D. 50, 16: capere cum effectu (sc. dominii ex jure Quir.) accipitur[9]). Beide bestehen lediglich in einem Besitzergreifungsact, und Besitz und Eigenthum sind ursprünglich identisch gewesen: das Eigenthum war Besitzeigenthum[10]). Erst später mit dem Aufkommen der possessio neben dem dominium ex jure Quir. gingen die beiden Begriffe von occupare und manucapere auseinander; mit occupare ward der einseitige formlose Besitzerwerb bezeichnet, gleichviel ob mit diesem zugleich ein Eigenthumserwerb verbunden war, oder nicht, manucapere aber bezeichnet stets den durch Besitzerwerb vermittelten Eigenthumserwerb, gleichviel ob das Rechtsgeschäft ein einseitiges oder zweiseitiges ist, ob der

[9]) S. auch z. B. Huschke Nexum S. 8 und Voigt XII Tafeln II § 80 N. 10 und § 84 vor N. 12.

[10]) S. unten § 9.

Erwerbsact ein formloser (occupatio im ersteren Falle, sowie traditio) oder ein formeller (in jure cessio, mancipatio) ist. Als sodann das Eigenthum sich von seiner Befangenheit im Besitze löste, kam das Wort manucapere zur Bezeichnung des Eigenthumserwerbes ab, weil in ihm immer zugleich der Besitzerwerb zum Ausdruck kommt.

Hiernach hat manucapere nicht bloss sprachlich, sondern auch begrifflich von Hause aus keine Beziehung zu dem eigenthümlichen Rechtsgeschäfte der mancipatio gehabt. Es heisst allgemein civiles Eigenthum erwerben, ohne auf eine bestimmte Erwerbsart beschränkt zu sein. Besonders bezeichnend für den Begriff des manucapere ist es, dass m. E. ursprünglich nur die später sog. res nec mancipii veräusserlich waren[11]), und dass daher nur an diesen ein manucapêre möglich war, dass ferner die mancipatio jünger ist, als die in jure cessio, mit welcher auch ein manucapere verbunden war; ich werde später das Verhältniss der mancipatio zur in jure cessio berühren[12]). Nun könnte man aber den Schluss, welchen ich aus der Wortbedeutung von manucapere und juristisch-technischen Bedeutung von capere auf den Begriff des manucapere gezogen habe, mit dem Einwande angreifen, dass ja auch im Worte mancipare seiner Etymologie nach das Wesen des nach ihm mancipatio benannten per aes et libram gestum nicht zum Ausdrucke gebraucht würde, und man könnte seinerseits hieraus folgern, entweder dass das Derivativum mancipare nicht zu seiner prägnanten Bedeutung hätte gelangen können, wenn nicht schon das Stammwort manucapere und seine substantivischen Ableitungsformen manceps und mancipium eine entsprechende prägnante Bedeutung gehabt hätten, so dass gerade der den-

[11]) Es ist dies immer noch ein bestrittener Punkt, auf welchen ich hier nicht näher eingehen kann. Nur will ich beiläufig bemerken, dass, wenn Bechmann Kauf I S. 147 die von mir vertretene Ansicht in einer etwas wegwerfenden Weise als eine philologische bezeichnet, er doch selbst, freilich unbewusst, ihr sehr nahe steht, insofern er die res mancipi als das Stammvermögen bezeichnet. Was heisst denn Stammvermögen eigentlich? Auch hat man längst bemerkt, dass die Eigenthumsklage, die legis actio sacr. in rem, ursprünglich nur für Mobilien ausgebildet war, für die wichtigste res mancipi also, den fundus, eine Klage nicht benöthigt ward.

[12]) s. unten § 9.

selben beiwohnende Begriff erst voll im Begriffe der mancipatio zur Geltung käme, — oder dass auch der ursprüngliche Begriff der mancipatio sich mit ihrer Wortbedeutung gedeckt habe, und dass erst später ein engerer, besonderer Begriff in das Wort hineingelegt sei. Beide Schlüsse halte ich für unrichtig; ich bin der Ansicht, dass das Bedürfniss des Lebens das Wort mancipatio ins Leben gerufen hat, lange nachdem das Rechtsgeschäft existirt hatte, welches uns unter diesem Namen geläufig ist, dass es also von Anfang an den Begriff dieses Rechtsgeschäftes vertrat. Ich will dies darlegen.

Mommsen[18]) ist der Ansicht, dass mancipatio ursprünglich kein Formalact, sondern ein formloser Kauf gewesen sei, darin bestehend, dass der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache in die Hand giebt (mancipare) und gleichzeitig der Käufer dem Verkäufer den bedungenen Preis (Schaf, Rind), in Gegenwart von Zeugen entrichtet. Gewiss war die mancipatio oder richtiger das später so bezeichnete Rechtsgeschäft nicht blosse Form, sondern ein materieller Baarkauf ursprünglich gewesen; aber man sieht, dass Mommsen zum Beweise dessen der Wort. bedeutung von mancipare nachgeht, gemäss welcher es geradeso „in die Hand nehmen" heisse, wie manucapere „mit der Hand nehmen". Wäre dies richtig, so müsste, gleichwie das Recht, an die vulgäre Bedeutung von manucapere anknüpfend, die prägnante, von dem rechtlichen Effecte des Indiehandnehmens hergenommene Bedeutung des Eigenthumserwerbes mit dem Worte verbunden hat, so auch mancipare jene von Mommsen angenommene Wortbedeutung wenigstens in der Rechtssprache abgelegt und aus dem Eigenthum und zum Eigenthum veräussern bedeutet haben, ohne dass es auf die Form der Veräusserung ankäme. Dies halte ich nun auch wirklich für die Grundbedeutung von mancipare, wenigstens seiner Etymologie nach, und Mommsen scheint mir mit seiner Etymologie von mancipare nicht Recht zu haben. Mancipare ist, wie gesagt, von dem Stamme mancip — oder mancup — und insbesondere von dem Substantivum manceps abgeleitet. „Ursprünglich fand wohl bei allen solchen Verben, welche aus der dritten

18) Röm. Gesch. I S. 151. 155.

in die erste Conjugation überzugehen scheinen (wie auspicare von auspicere, vindicare von vindicere u. drgl.) ein Durchgang durch ein Nomen (wie auspex, vindex) statt," sagt O. Müller[14]). Nun heisst manceps, was ich nachher begründen werde, der Eigenthümer; manceps ist nicht derjenige, welcher Eigenthum erwirbt, qui manucapit, also der Erwerber[15]), sondern welcher bereits Eigenthum erworben hat, qui manucepit, also der Eigenthümer[16]); und sofern nur der Eigenthümer veräusserungsberechtigt ist, so heisst manceps mit Bezug hierauf auch der veräussernde Eigenthümer, der Veräusserer[17]). Die erstere Bedeutung nun von manceps ist allein für die Bedeutung des von ihm gebildeten Verbum mancipare massgebend gewesen; die Bedeutung von mancipare ist factitiver Art, es heisst: zum manceps, zum Eigenthümer machen, d. h. die Handlung des Veräusserns vornehmen; freilich muss sich die eigentliche Bedeutung früh verloren haben, weil man später nicht mehr alqm., sondern alqd. mancipare sagte, also mit dem Worte schlechthin die Bedeutung von: veräussern verknüpfte. Mancipare hat also gerade die entgegengesetzte Bedeutung wie sein Stammverbum manucapere. Es ist dies keine besondere Erscheinung; wir können dieselbe Beobachtung bei verschiedenen Verben machen, welche auf ein aus einem Substantiv und Verbum zusammengesetztes Stammverbum zurückgehen, doch so, dass zwischen beiden ein substantivisches Mittelglied besteht, aus dessen, sei es ursprünglicher, sei es auch verschobener Bedeutung sich die besondere des Ableitungsverbum ergiebt. Insbesondere scheinen die substantivischen Composita von capere durchgängig hierher zu gehören[18]), daneben aber noch manche andere, von denen ich die Verba

---

14) Rhein. Museum f. Jurispr. V, S. 193.

15) Voigt XII Tafeln II § 84 N. 4. Hiergegen mit vollem Recht Bechmann Kauf I S. 145 N. 2.

16) Der Inhaber des Rechtes, so z. B. Tertull. apolog. 11.

17) so z. B. bei Plaut. Curc. IV, 2, 29. Bechmann a. a. O. nimmt ebenfalls diese Bedeutung von manceps an, hält sie aber für die primäre, weil er umgekehrt die Bedeutung von manceps aus der von mancipare ableitet.

18) Partem capere heisst Theil nehmen, particeps also Theilnehmer, participare aber zunächst zum Theilnehmer machen, Theil nehmen

judicare und vindicare nenne, über deren Bedeutung ich mich später (§ 11) im Zusammenhange verbreiten werde, und vielleicht noch andere Zusammensetzungen von dicere und anderen Verben.

Die Etymologie macht es also gewiss, dass mancipare von Hause aus eine ganz andere Bedeutung hatte, als manucapere, und insofern haben Mommsen und Bechmann Recht. Dass demgegenüber den etymologischen Versuchen der Römer, ganz abgesehen von ihren vielfachen Abweichungen unter einander, namentlich mit Bezug auf die Bedeutung von manceps[19]) gar kein Werth beizumessen, braucht nicht erst gesagt zu werden. Wichtiger wäre es, wenn wir in der Latinität selbst das Wort mancipare in der Bedeutung von manucapere verwendet finden, woraus aber an sich nichts für die ursprüngliche Bedeutung von mancipare folgen würde; es wäre immerhin denkbar, dass es zu dieser Bedeutung erst später gekommen sei. Voigt (N. 19) führt nun zwei solcher Zeugnisse an, von denen ich allerdings das wichtigere nicht gelten lassen kann. Aber das eine ist im Ganzen nicht zu bezweifeln. Solinus 20, 7 sagt nämlich in seiner ziemlich vulgären Sprache vom Elenthier: ita capitur; alioquin difficile est eam mancipari. Allerdings steht hier mancipare nicht einmal für manucapere im juristischen Sinne, sondern bloss für capere, fangen; aber hiervon abgesehen, ist es leicht möglich, dass Solinus nur durch die verbreitete falsche Etymologie zu solcher Verwendung des Wortes

---

lassen, und erst in Folge davon Theil nehmen. (Bechmann Kauf I S. 145 N. 2). Municeps, von munus (munia) capere, ist eigentlich der Empfänger eines munus, und erst insofern sich an dieses Pflichten knüpfen, zugleich der Leistungspflichtige. (Mommsen Röm. Forsch. I S. 345 N. 38). Nomen capere heisst einen Namen empfangen, das für nuncupare zu ergänzende Mittelglied nunceps daher der Namensempfänger, dann der Benannte schlechthin; nuncupare davon bezeichnet die Thätigkeit dieses: Jemanden zum Namensempfänger machen, einen Namen geben, benennen. (Bechmann a. a. O.). Vestem capere: die toga virilis (so zu erklären, nicht vestis = Kinnbekleidung, Bart zu setzen) erhalten; vesticeps ihr Empfänger, d. h. der Mannbare; vesticipare würde heissen: die toga verleihen. Anceps (ambiceps), wer Beides nimmt, daher zweifelnd; ancipitare müsste heissen: Jemanden zum Zweifler machen, Zweifel erregen.

[19]) s. bei Voigt XII Tafeln II § 84 N. 2 N. 4 N. 12.

veranlasst wurde, und höchstens beweist er, dass in der Kaiserzeit der vulgäre Sprachgebrauch sich wirklich des Wortes in dieser Bedeutung bemächtigt hat; in jedem Falle ist die Stelle für uns werthlos. Anders würde es sich mit der zweiten von Voigt angezogenen Stelle verhalten, wenn sie zuträfe, sowohl wegen ihres Verfassers, des Plautus (Curc. IV, 2, 10), als auch weil in ihr das Wort mancupare wirklich einen juristischen Act bezeichnet. Curculio sagt zu den lenones: alienos (sc. servos) mancupatis, manu alienos emittitis. Hier soll nach Voigt mancupare den Einkauf im Gegensatz zum manu emittere als dem Verkaufe bezeichnen. Allein diese Auslegung ist gewiss unrichtig. Curculio wirft den Sklavenhändlern ihr oben geschildertes schmutziges Gewerbe vor: nichts hätten sie im Eigenthume; die Sklaven, die sie feilböten, seien nicht eigene, sondern fremde Sklaven, in deren Besitz sie sich unredlicher Weise gesetzt hätten, oder gar freie Menschen, fremde Hauskinder, die sie für Sklaven ausgäben, und wie sie daher selbst keinen auctor für ihr angebliches Eigenthum hätten, so könnten sie auch selbst den Käufern nicht auctores sein: der Käufer sei stets der Gefahr einer Eviction Seitens Dritter ausgesetzt. Darin liegt ihre Unehrlichkeit, auf die doch Alles hinauslaufen soll. Denn dass man fremde Sklaven und nicht eigene erwerben will, ist doch selbstverständlich, und doch will es Voigt so auffassen, anscheinend bloss wegen des folgenden manu emittere. Soll damit überhaupt etwas Anderes gesagt sein, als mit mancupare, so geht es wohl auf dasjenige Veräusserungsgeschäft, welches nicht mancipatio, sondern etwa in jure cessio ist, oder noch besser auf einen formlosen Act[20]). Darnach bekundet unsere Plautusstelle nur die gewöhnliche Bedeutung von mancipare.

Bedeutet nach dem Gesagten mancipare etymologisch nichts weiter als Eigenthum veräussern, so steht doch andrerseits

---

[20]) Der Nichteigenthümer verkaufte, um sich die Garantie, welche er durch die mancipatio übernahm, vom Halse zu schaffen, gern formlos (Plaut. Persa IV, 3, 57; s. Bechmann Kauf I S. 206); überdies nahm auch der angesehene Käufer, welcher sich eine Sklavin, angebliche oder wirkliche, verkuppeln liess, die mancipatio und noch mehr die in jure cessio wegen der Oeffentlichkeit der Acte ungern vor, so gerade in unserer obigen Plautusstelle.

fest, dass zu diesem seinem Begriffe noch ein zweites Moment gehört, welches nicht im Worte selbst zum Ausdruck kommt. Soweit nämlich unser Blick reicht, bezeichnet es von jeher die Eigenthumsübertragung in derjenigen Form des per aes et libram gestum, welche wir unter dem Namen der mancipatio kennen, und ich bin daher der Ansicht, dass es mit diesem Begriffe und gerade zur Vertretung desselben geboren ward. Während das Wort manucapere der Kindheit der römischen Sprache angehört, weil ihm eine rein sinnliche Vorstellung zu Grunde liegt, ähnlich wie die Ausdrücke manum inicere oder conserere, welche wir bereits in den XII Tafeln antreffen, ist das Wort mancipare und das Verbalsubstantiv mancipatio erst späten Ursprunges, weil sie dem besonderen Sprachbedürfnisse einer späteren Zeit ihr Dasein verdanken. Das Institut der mancipatio selbst war schon eine verhältnissmässig junge Erfindung; die älteste Art des per aes et libram gestum war das nexum, welches man auch als einen Kauf auffassen kann, und welches erst später ein Darlehnsgeschäft wurde; nur war das Kaufobject keine Sache, sondern ein freier Mensch[21]). Dem nexum fehlen insbesondere die der mancipatio characteristischen Schlussworte: eaque (sc. res) mihi emta esto. Es mag dann eine Zeit gegeben haben, in welcher man das nexum auch auf den Verkauf von Sachen anwandte, aber ebenfalls ohne obige Clausel. Erst später nahm man die Angabe der materiellen causa des Kaufes in die Formel auf, und so entstand dasjenige Rechtsgeschäft, welches den besonderen Namen mancipatio führt. Aber bevor das nexum in Anwendung auf Sachen diese Gestalt annahm, waren res nec mancipi wie mancipi durch in jure cessio veräusserlich. Es kommt hinzu, dass so alt, wie das Rechtsgeschäft der mancipatio selbst ist, doch der Name nicht gewesen zu sein scheint. Die XII Tafeln dürften, wenn wir nicht die einschlägigen Gesetze auf das nexum und die in jure cessio allein zu beziehen haben, was nicht wahrscheinlich ist, bereits das Institut der mancipatio gekannt haben[22]), aber diesen Namen lesen wir

---

21) S. die Geschichte des nexum § 15.

22) Ulp. in frag. Vat. 50: et mancipationem et in jure cessionem lex XII tab. confirmat.

in ihnen noch nicht. Dies würde allerdings bei den wenigen Fragmenten, die auf uns gekommen sind, nicht viel besagen, wenn wir nicht ein Gesetz im Original kännten, welches nach dem, was ich oben über das Verkaufsrecht des pater fam. ausgeführt habe, gerade von der mancipatio filii handelt, aber auffälliger Weise ohne dieses technische Rechtswort, welches doch gerade im officiellen Gesetzestexte angebracht gewesen wäre, zu gebrauchen: si ter filium venumduuit. Nun empfiehlt es sich für die Erkenntniss des Zwölftafelrechtes überhaupt sehr, genau auf das gewählte Wort und die Sprache zu achten, wie dies z. B. auch die Wörter und Wendungen legare, testari, heres, familiam habere lehren oder lehren sollten, von denen die ersten beiden und die letzten beiden keineswegs identisch sind, und so haben wir auch gegründete Veranlassung, in dem Gebrauche des uns farblos erscheinenden Wortes venumdare in unserm Gesetze nicht eine rein zufällige und gleichgiltige Erscheinung zu sehen. Ihre Erklärung finde ich eben darin, wie es das Einfachste ist, dass das Wort mancipare erst nach der Zeit der Decemvirn entstanden ist, also nach einer Zeit, welche wohl die Sache, aber nicht den Namen kannte. Und damit stimmt, um es sogleich hier anzuschliessen, die von Bechmann[23]) aufgestellte und seinerseits wahrscheinlich gemachte Vermuthung vollständig überein, dass in dem uns überlieferten Zwölftafelgesetze: cum nexum faciet mancipiumque das Wort mancipiumque, welches hier das Rechtsgeschäft der mancipatio bezeichnet, ein späteres Einschiebsel sei. Bechmann knüpft daran die weitere Vermuthung, für welche er vieles Scheinbare beibringt, und welche ich bei der Darstellung des nexum des Weiteren noch begründen werde, dass die mancipatio als ein negotium per aes et libram gestum ursprünglich in dem Worte nexum in seiner weiteren Bedeutung, wie sie Manilius bei Varro l. l. VII, 105 angiebt, mitinbegriffen war. So wird auch das Zwölftafelgesetz über die forcti sanatique[24]), von welchem uns nur wenige Worte überliefert sind, nur des nexum, welches noch erkennbar ist, Erwähnung gethan, damit

---

[23]) Kauf I S. 130.

[24]) Tab. I, 5.

aber allerdings zugleich die mancipatio gemeint haben, und wenn man nach dem Vorgange Huschkes bei der Restitution des Gesetzes auch das Wort mancipium aufnimmt, so stimmt dies sehr wohl zur Sache und vielleicht auch zu dem Texte, wie ihn später die römische Jurisprudenz redigirt hat, schwerlich aber zum ursprünglichen Zwölftafelgesetze. Hatte so das Rechtsgeschäft der mancipatio, diese besondere Art des per aes et libram gestum, ursprünglich keinen eigenen Namen, so entstand doch später das Bedürfniss dessen, und so mag zuerst im Volksmunde der Name mancipatio, mancipare entstanden sein, bis er auch Eingang in die Wissenschaft fand, so dass sich nun der weitere Begriff von nexum von selbst verengte. Hieraus und nur hieraus erklärt es sich vollkommen, dass das Wort mancipare von Anfang an und immer seine bestimmte, eigenthümliche Bedeutung gehabt hat, ohne dass sie sich gerade aus dem Worte allein ableiten liesse.

Glaube ich im Vorhergehenden nachgewiesen zu haben, dass und warum zwar mancipare von Anfang an die bekannte technische Bedeutung gehabt hat, dass aber und warum manucapere von Vornherein in keinem Zusammenhange, weder seinem Namen noch seinem Begriffe nach, mit dem specifischen Rechtsgeschäfte der mancipatio steht, so ist damit zugleich die hohe Wahrscheinlichkeit gegeben, dass die von manucapere unmittelbar gebildeten Substantiva mancipium und manceps ihre ursprüngliche Bedeutung lediglich aus der des Ableitungsverbum entlehnt haben. Ist dies richtig, so kann zunächst die Bedeutung von mancipium gleich mancipatio nicht die ursprüngliche gewesen sein, wie z. B. Voigt[25]) glaubt. Dies findet seine volle Bestätigung darin, dass die ältesten Bekundungen des Wortes mancipium nicht diese Bedeutung aufweisen, sondern die andere des durch mancipatio erworbenen oder zu erwerbenden Eigenthumes. Denn nach Wegfall der Zwölftafelfragmente, in welchen nach Obigem das Wort mancipium noch nicht gestanden hat, bleibt Plautus für uns die älteste Quelle. Plautus aber, der bereits das Verbum mancipare kennt[26]) und daher

---

[25]) XII Tafeln II § 84 N. 1.
[26]) z. B. in Curc. IV, 2; s. oben S. 117.

auch wohl das Substantivum mancipatio gekannt haben dürfte, verwendet mancipium immer in der zweiten Bedeutung, wie oben des Näheren gezeigt ist. Müssen wir darnach annehmen, dass dies die ältere Bedeutung von mancipium ist, so halte ich nach sie nicht für die älteste, weil sie eine Beziehung zur mancipatio voraussetzt, welche dem Stammverbum manucapere fehlt oder doch gefehlt hat. Lassen wir sie bei Seite, so ergiebt sich als die ursprüngliche Bedeutung die des Eigenthums schlechthin, gleichviel, durch welchen Act es begründet ist. Und diese Bedeutung ist es auch, welche sich nach allgemeinen grammatischen Gesetzen aus der Bedeutung von manucapere herleitet. Denn während die Verbalsubstantiva mit der Endung io die Thätigkeit, den Act der Handlung ausdrücken, bezeichnen dieselben mit der Endung um, ium oder mit erweiterten auf um auslautenden Endungen das durch die Thätigkeit Vollendete[27]). Und wie mancipium das Eigenthum bezeichnet, so ist auch manceps nicht erst der Eigenthum Erwerbende, der werdende Eigenthümer, sondern der schon gewordene, gegenwärtige.

Fragt man schliesslich noch, wie sich aus diesem ursprünglichen Begriffe des mancipium die späteren Bedeutungen entwickelt haben, so stelle ich mir dies in folgender Weise vor. Mancipium war der älteste und zugleich einzige Name des Eigenthumes nach jus civile. Das Vermögen war ursprünglich, und zwar nicht bloss in der ältesten Zeit des patricischen Geschlechterstaates, sondern auch noch in dem servianischen Staate Familienvermögen.[28]) Es gehörte der Familie als einer wirthschaftlichen Einheit, deren berufener Vertreter der pater fam., der princeps familiae war. Das städtische Leben des servianischen Rom setzt bereits einen Güterverkehr voraus. Dem Verkehr unterworfen und daher veräusserlich waren aber anfangs nur die später sog. res nec mancipi, während die res mancipi das Stammvermögen der Familie bildeten und daher dieser nicht entzogen werden durften. Die Veräusserungsbefugniss war ein discretionäres Recht des pater fam. oder bildete sich dazu aus.

[27]) Beispiele dafür giebt es in Fülle, z. B. testatio-testamentum, legatio-legatum, praeceptio-praeceptum u. s. w.

[28]) Die Erkenntniss dessen hat schon begonnen; s. Schirmer in Zeitschr. der Savigny-Stift. rom. Abth. Bd. II S. 165 ff. Ich hoffe sie später durch eine Darstellung des Zwölftafelerbrechtes fördern zu können.

In dieser Eigenschaft, als Vertreter der Familie die circulationsfähigen Vermögensobjecte derselben veräussern zu dürfen, hiess er dominus, d. i. wörtlich dator, der Geber, der Tradent oder eben Veräusserer[29]). Dominium hiess demnach seine Veräusserungsbefugniss; es war ein Verwaltungsrecht. Das mancipium hatte also die Familie, das dominium der pater fam. Mit der Erstarkung der patria potestas trat der Begriff der Verwaltung des Familienvermögens für die res nec mancipi in den Hintergrund, und nun erschien in diesem ersten Stadium der Verflüchtung des Begriffes des Familienvermögens das dominium nicht mehr als ein Recht auf Verwaltung der der Veräusserung unterliegenden Sachen, sondern als ein Recht auf diese selbst, als das neue Eigenthum ex jure Quir., welchem der Begriff der Einzelberechtigung eigen ist. Damit entzogen sich die res nec mancipi dem Begriffe des mancipium und unterfielen dem des dominium. Für die übrigen Vermögensobjecte blieb die Bezeichnung mancipium bestehen, und als auch diese veräusserlich wurden, wodurch der pater fam. auch als Alleineigenthümer dieser erschien, oder umgekehrt, als das Allmächtigwerden der patria potestas, immer in stetem Schritthalten mit der ganzen Culturentwickelung, den Eigenthumsbegriff auf den pater fam. übertrug, bedeutete nunmehr dominium das Eigenthum des pater fam. an den res nec mancipi und mancipium sein Eigenthum an den res mancipi.[30]) Als nun die mancipatio aufkam, konnten zwar mittels ihrer sowohl res mancipi als auch nec mancipi veräussert werden, doch führte die Entwickelung dahin, dass erstere in dieser Form (neben der in jure cessio) veräussert werden mussten, wenn das Eigenthum ex jure Quir. an ihnen übertragen werden sollte.[31]) Mit Rücksicht auf diese den res mancipi eigenthüm-

---

[29]) Nach Lange röm. Alterth. I § 34.

[30]) Ich halte es daher für unrichtig, aus dem Namen der res nec mancipi zu schliessen, dass die also bezeichneten Eigenthumsobjecte ursprünglich nicht im dominium ex jure Quir. gestanden hätten, wie es nach dem Vorgange von Niebuhr Jhering und Karlowa gethan haben; s. die Nachweise bei Kuntze Cursus § 123, welcher selbst zweifelt. Die ältere Bezeichnung jener beiden Eigenthumsmassen war bekanntlich familia pecuniaque.

[31]) S. unten § 9.

liche Veräusserungsform gewann das Wort mancipium die Bedeutung des durch mancipatio erworbenen bez. veräusserlichen Eigenthumes, und in dieser Bedeutung steht es auch in dem Terminus res (nec) mancipi (= mancipii), welcher jetzt erst entstanden sein dürfte. Das Wort dominium aber ward im Laufe der Zeit auch für die res mancipi als generelle Eigenthumsbezeichnung üblich und verdrängte nach und nach das Wort mancipium in der Bedeutung des Eigenthumes, deren spärliche Reste nur noch in althergebrachten Wendungen des classischen Rechtes erkennbar sind, ganz und gar. Die Folge davon war, dass man dem Worte mancipium dieselbe Bedeutung beilegte, welche dem Worte mancipatio zukam, dass man beide als gleichbedeutend gebrauchte.

Wenn in einer besonderen Bedeutung mancipium noch den Sclaven bezeichnet, so weist diese auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes: Eigenthum hin. Es liegt hier die bekannte, im Leben wie in der Rechtssprache geläufige Verwechslung des Rechtes mit seinem Objecte vor; der Sklave war aber wegen seiner Menschennatur das eigenartigste und hauptsächlichste Rechtsobject.[32]) Denn dass der Urtypus des Eigenthumserwerbes an Sklaven, wie Florentin in L. 4 § 3 D. 1, 5 meint, sowie des Eigenthumserwerbes überhaupt, wie eine jetzt als aufgegeben geltende Theorie lehrte, der ex hostibus sei, ist unrichtig und liegt im Worte mancipium keineswegs: manucapere heisst in der Rechtssprache nicht erobern, erbeuten.

§ 9.

Die legis actio sacr. in rem und der alte Eigenthumsbegriff.

Der Zweck der beiden vorhergehenden Paragraphen war der Nachweis, dass das mancipium ursprünglich das civile Eigenthum bedeutete, und zwar das civile Eigenthum schlechthin, ohne dass es auf eine besondere Eigenthumserwerbsart,

---

[32]) Möglich wäre es auch, dass, wie mancipium auch als Collectivbezeichnung für die genannten res mancipi Jemandes, gleich familia, diente, so es auch als Collectivbezeichnung für den ganzen Sklavenbestand Jemandes,

insbesondere auf die eigenthümliche der mancipatio ankommt, so sehr auch die Stammverwandtschaft von mancipium und mancipatio einerseits und die späteren Bedeutungen von mancipium andererseits zu der Ansicht verleiten könnten, dass das mancipium von Anfang an in Beziehung zur mancipatio allein gestanden hätte. Dies wird nun weiterhin dadurch bestätigt, dass nicht bloss Hauskinder in das mancipium gelangen konnten, sondern auch cives sui juris, was die herrschende Meinung freilich nicht zugeben kann, da nach ihr das mancipium nur durch mancipatio entsteht, die mancipatio eines Gewaltfreien aber allerdings nicht möglich ist, und ferner dass, was damit parallel geht, das mancipium nicht bloss in einer noxalis causa begründet zu sein braucht, wie es nach meinen Ausführungen der Fall sein müsste, wenn nur die mancipatio ex noxali causa das Hauskind in ein dauerndes mancipium gebracht hätte. Zunächst habe ich bereits bemerkt, dass auch die Eingehung eines nexum, gleichviel ob dasselbe ein Gewaltfreier über sich selbst oder über sein Hauskind abschloss, das mancipium zur Folge hatte, wenn ich auch die nähere Begründung dessen hier unterlasse, um sie dem § 15 zu überweisen. Sodann konnte die noxae datio auch in der Form der in jure cessio erfolgen, ja es war dieses Rechtsgeschäft älter, als die mancipatio, wie sich noch im Verlaufe dieses Paragraphen herausstellen wird. Fragen wir nun nach dem eigenthumserzeugenden Momente der in jure cessio, so war dieses die Eigenthumsbehauptung des Erwerbers in Verbindung mit der praetorischen addictio, indem die letztere die erstere formell bestätigte. Damit haben wir aber eine allgemeine Erwerbsart des mancipium gewonnen; denn addicirt werden konnten auch gewaltfreie Bürger, und dies nicht bloss ex noxali causa, sondern auch z. B. ex causa judicati. In der addictio spricht der Praetor ihrem eigentlichen Wesen nach dem Kläger, wie die Sache zum Eigenthum, so den civis als Sklaven, also auch zum Eigenthum, zum mancipium zu; ein Andenken

---

ebenfalls gleich familia, verwandt ward, und dass sich erst aus dieser Bedeutung die des einzelnen Sklaven entwickelte. Zu vergleichen wäre in dieser Bezeichnung etwa remigium, welches neben dem gesammten Rudermaterial hauptsächlich die Rudermannschaft und dann auch den einzelnen Ruderer bedeutet.

daran hat sich nach Gajus III., 189 noch in dem Falle der addictio des fur manifestus erhalten, wenn auch schon die veteres über die Bedeutung der addictio in dieser Anwendung im Zweifel waren.

Wollen wir so das Gebiet des mancipium erweitern, so müssen wir uns eingehender mit der addictio, ihrem Wesen und ihrer Geschichte beschäftigen. Die addictio des sog. judicatus und des fur manifestus war ein praetorischer Act, ein praetorisches Urtheil im Verfahren der legis actio per man. inj.[1]; aber bekanntlich tritt sie in diesem nicht allein auf, sondern wir begegnen ihr auch bei der legis actio sacr., hier allerdings nur, wenn sie in rem geht. Dass bei ihr die addictio z. B. im Versäumnissverfahren Platz griff, ist durch die XII Tafeln (tab. I, 8) bezeugt, und auch bei der in jure cessio, welche als eine vindicatio ein wirklicher Sacramentsprocess ist, worüber noch später, addicirt nach Gajus II, 24 der Praetor die Sache. Ich meine nun aber, dass die addictio auf diese beiden Fälle der mittels legis actio sacr. anzustellenden vindicatio nicht beschränkt war, dass sie vielmehr in allen Fällen derselben das regelmässige Endurtheil bildete. Diese nicht neue Behauptung bedarf, da sie mit der herrschenden Lehre in Widerspruch steht, eines erneuten Beweises, wobei es mir nicht erspart bleiben kann, auf das ganze Sacramentsverfahren in rem näher einzugehen und die herrschende Ansicht über dasselbe einer Revision zu unterziehen. Dieser Versuch wird zugleich die bisher nicht genügend beachtete Erscheinung, dass die addictio bei der legis actio sowohl sacr. als auch per man. inj. vorkommt, erklären und das Verhältniss beider Legisactionen klarstellen.

Die legis actio sacr. in rem, welcher ich den einfachsten Fall der vindicatio einer Mobilie zu Grunde legen will, ist nach der gangbaren Ansicht ein Eigenthumsstreit in dem Sinne, dass Kläger und Beklagter, jeder für sich das Eigenthum des Streitobjectes in Anspruch nehmen, dass beide dasselbe vindiciren: der Kläger vindicat prior, der Beklagte contra vindicat. So

---

[1]) Für die actio furti manifesti s. einstweilen Voigt XII Tafeln. II § 136 N. 6, Keller röm. Civilpr. N. 230; ich werde hierauf im § 16 zurückkommen.

stellen uns die Quellen, und insbesondere Gajus IV, 16 die Sache dar. Nun hat Lotmar[2]) die Nothwendigkeit der Contravindication des Beklagten bestritten; er ist der Ansicht, dass es, wie bei der vindicatio des Formularprocesses, so auch bei der alten legis actio sacr. zur Einleitung des Processes genügt habe, wenn der Beklagte nur die Eigenthumsbehauptung des Klägers bestritte, ohne dieser seinerseits eine Eigenthumsbehauptung entgegen setzen zu müssen. Aber Lotmars, obgleich sehr ausführliche Begründungen sind fast allgemein für nicht überzeugend angesehen worden, und Brinz und Eisele[3]), letzterer nicht ohne Lotmar ein Zugeständniss in einer Beziehung zu machen,[4]) haben mit zum Theil guten Gründen die alte Lehre vertheidigt. Auch ich halte an der Nothwendigkeit der Contravindication fest[5]); aber den innersten Grund derselben sehe ich in dem ursprünglichen Eigenthumsbegriffe selbst.

Die Mutter des römischen Eigenthums, des dominium[6]) ex jure Quir., ist die possessio. Sie stammt auch nach der Ansicht der Römer,[7]) aus der vorrömischen, ja aus der vorstaatlichen und, was für uns damit identisch ist, der vorrechtlichen Zeit. In dieser ist sie factischer Besitz, körperliches Innehaben der Sache mit sog. animus domini, wie später wieder

---

[2]) Zur legis actio sacr. in rem 1876 und Krit. Studien in Sachen der Contravind. 1878.

[3]) Brinz: Zur Contravind. in der legis actio sacr. (Festgabe für Spengel) 1877; Eisele in krit. Vierteljahrschrift Bd. 19 S. 512 ff.; vgl. auch Bekker in Jenaer Litteraturzeitung 1876 No. 52 S. 804 ff. — Für Lotmar hat sich z. B. Demelius confessio S. 71 erklärt.

[4]) a. a. O. S. 517.

[5]) Für mich ist namentlich beweisend, dass nicht nur das alte Vindicationsritual, sondern auch Plautus, Cicero und Gajus, wo sie von unserer legis actio sprechen, regelmässig die Contravindication des Beklagten voraussetzen: ein Zufall kann dies nicht sein. Ueberdies entfällt das für uns Auffallende dieser Erscheinung durch die Beobachtung, dass wir die Contravindication auch in andern alten Rechten, namentlich im griechischen und und in dem neuerdings entdeckten Rechte von Gortyn finden; s. Zitelmann: das Recht von Gortyn im Rhein. Mus. f. Phil. N. F. Bd. 40 Ergänzungsheft S. 87 und die daselbst N. 32 Angeführten. Wir werden hier überall denselben Eigenthumsbegriff vorauszusetzen haben; s. das Folgende.

[6]) Bez. mancipium (nach dem vorigen Paragraphen).

[7]) Labeo und Paulus in L. 1 pr. D. 41, 2, vgl. Festus s. v. possessiones.

im classischen Rechte, aber sie ist damit zugleich Eigenthum selbst.[8]) Besitz und Eigenthum fallen noch vollständig zusammen; daher ist nach altrömischer Auffassung das Eigenthum etwas Körperliches, res corporalis, ist es die Identificirung des Eigenthums mit der besessenen Sache selbst; Inhalt und Object des Eigenthumes decken sich. Das Eigenthum geht ganz im Besitze auf: wer die Sache innehat, ist ihr Eigenthümer, jeder Andere Nichteigenthümer und Nichtberechtigter. Man kann die physische Macht als die Quelle des Rechtes bezeichnen, insofern sie vom Rechtsgefühle der frühesten Culturperiode getragen ward[9]); jedenfalls aber konnte der natürliche, noch unentwickelte Rechtsinn im Kindesalter der Völker das Recht sich nicht ohne Macht vorstellen, den Eigenthumsbegriff ohne seine sinnliche Grundlage und Erscheinungsform nicht festhalten[10]). Das Eigenthum in seiner ältesten Gestalt ist daher wesentlich ein reelles Machtverhältniss, es ist Besitzeigenthum. Verliert der Eigenthümer den Besitz der Sache, ob mit seinem, ob ohne oder gegen seinen Willen, so hört er auf ihr Eigenthümer zu sein, so löst sich seine Beziehung zur Sache thatsächlich und rechtlich ganz und gar. Will er sein verlorenes Eigenthum wiedererlangen, so muss er den verlorenen Besitz wiederherstellen, so mag er die Sache dem gegenwärtigen Besitzeigenthümer abnehmen, nöthigenfalls mit Gewalt. Einen eigentlichen, geordneten Rechtsweg giebt es vor dem Rechtsstaate nicht, wenngleich es an staatlichen Bildungen nicht gefehlt haben mag; der sein Recht Verfolgende war lediglich auf Selbsthilfe[11])

---

[8]) Seitz hat wiederholt, zuletzt in seiner Schrift: Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio 1884, auf den ursprünglichen Eigenthumscharacter derselben aufmerksam gemacht; dass er in der Entwicklungsgeschichte häufig fehlgegangen ist, ändert an der Richtigkeit seines Ausgangspunktes nichts.

[9]) Jhering Geist I S. 107 ff.

[10]) Kuntze die obligatio und das jus extraordinarium 1886 S. 18 S. 28.

[11]) Mit dem Worte Selbsthilfe wird neuerdings im Legisactionensystem eine Art Götzendienst getrieben. Will man hier überhaupt von Selbsthilfe sprechen, so war sie doch eine staatlich geordnete, gewährleistete und daher auch nöthigenfalls geschützte; sie war Rechtsverfolgung in den gewöhnlichen Formen derselben, mag sie nun eine aussergerichtliche oder gerichtliche sein, und dies gilt nicht nur von der sog. Selbsthilfe des Angreifers, sondern auch

angewiesen, ebenso wie der sein Recht Vertheidigende, und einem jeden mögen in erster Linie die Hausgenossen und Verwandten und sodann, jenachdem das an sich schwankende Rechtsgefühl der Andern sich seiner Sache zuneigt, die Nachbarn und Genossen einer politischen Gemeinschaft beistehen, so dass im Grunde das Recht des Stärkeren entscheidet. Wer sich im Besitze zu behaupten vermag, ist Eigenthümer. Dies ist ungefähr der archaische Begriff des Eigenthumes, welchen wir bei allen italischen Stämmen vorauszusetzen haben, und welcher sich durch die staatlichen Anfänge und Ansätze bis zur Gründung des römischen Staatswesens der nachmals patricischen gentes hindurchzieht. Mit der Entstehung des Rechtsstaates aber, an dessen Spitze ein oberster Richter steht, ging mit dem Eigenthumsbegriffe eine Aenderung vor sich. Zwar so einschneidend war sie nicht, dass das Besitzmoment vom Eigenthume sich löste, das Eigenthum als ein blosser Rechtsbegriff, als ein wesentlich ideelles Machtverhältniss erfasst ward; so unvermittelt und plötzlich konnte diese Abstraction, zu welcher ja das römische Recht in seinem reifen Mannesalter gelangte, sich nicht Bahn brechen; sondern das Eigenthum blieb Besitzeigenthum, der Eigenthumsbegriff knüpfte sich noch immer an die Thatsache des Besitzes an. Die Wandlung, welche der Eigenthumsbegriff erfuhr, lag darin, dass die possessio aus einem rohen, wenn auch vom subjectiven Rechtsgefühle getragenen Machtverhältnisse ein Rechtsverhältniss ward und als solches vom objectiven Rechte einen Rechtsinhalt und einen durch die Staatsgewalt vermittelten Rechtsschutz erhielt. Wenngleich sich hiermit äusserlich nichts im Eigenthumsbegriffe änderte, das Eigenthum vielmehr immer da war, wo der Besitz, so gewann es doch an innerem Gehalte und an Kraft, indem zu dem Besitzmomente noch ein

---

des Angegriffenen, wie meine Darstellung ergeben wird. Aber unter dieser Voraussetzung ist der Begriff der Selbsthilfe ein ungenauer und überflüssiger; eine gerichtliche Selbsthilfe wird überdies Niemanden anmuthen. Ich ziehe es daher vor, die Bezeichnung Selbsthilfe dem Legisactionensystem ganz fernzuhalten. Wenn ich oben von Selbsthilfe rede, so meine ich damit nicht eine staatlich geordnete, sondern eine wahrhaft eigenmächtige und gewaltthätige Durchführung der Rechtsverfolgung.

eigentliches Rechtsmoment hinzukam. Aus zwei Elementen setzte sich also das Eigenthum, die possessio, zusammen: aus dem Besitze als der physischen Macht und dem hinter ihm stehenden subjectiven Rechte als der ideellen, der Rechtsmacht, welche ihm die staatliche Gewähr sichert[12]). Die Rechtsmacht ist das Recht auf den Besitz, die physische der Besitz selbst; aber indem das Eigenthum Besitzeigenthum ist, die physische Macht also den Eigenthumsbegriff erschöpft, liegt in der blossen Besitzthatsache nothwendig die Rechtsmacht eingeschlossen, ist die physische Macht zugleich Rechtsmacht; erstere ist ohne letztere nicht denkbar[13]). Nicht aber auch umgekehrt: die Rechtsmacht ist nicht immer zugleich physische Macht, letztere nicht allein und ausschliesslich Rechtsmacht. Wer den Besitz, d. h. Eigenthum erlangt, erlangt damit zugleich Rechtsmacht, aber nicht nothwendig diejenige Rechtsmacht, welche der bisherige Besitzer (Eigenthümer) hatte, und wer den Besitz verliert, verliert zwar damit das Eigenthum und die an sich in ihm liegende Rechtsmacht, aber nicht nothwendig seine Rechtsmacht, sein Recht auf den Besitz, nicht das Recht, das Eigenthum sich wiederzuverschaffen. Er verliert seine Rechtsmacht nur, wenn er sie aufgeben will, wenn er also die Sache entweder einem Andern tradirt und ihm somit in und mit dem Besitze seine Rechtsmacht überträgt, oder derelinquirt, so dass er jede rechtliche Beziehung zur Sache löst; er verliert dagegen seine Rechtsmacht nicht, wenn er des Besitzes (Eigenthumes) ohne und wider seinen Willen verlustig geht; seine rechtliche Beziehung zur Sache ändert sich, ohne dass sie ganz aufhört. Was ihm zurückbleibt, ist das Recht auf den Besitz, also ein blosses Recht, ein nudum jus; das Eigenthum, der Besitz gebührt ihm rechtlich, er müsste nach dem Rechte beides in einem haben, aber er hat beides nicht. Wo in ori-

---

12) Die possessio des röm. Rechts ist zu allen Zeiten ein Rechtsverhältniss (juris est, plurimum ex jure mutuatur), aber nicht immer, nicht mehr im classischen Rechte nothwendig, corporis, eine res facti gewesen.

13) Paulus in L. 2 D. 43, 17: hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet; also hat der possessor in der possessio überhaupt ein jus.

ginärer Weise Besitz und damit Eigenthum erworben wird, erlangt der Erwerber eine Rechtsmacht, aber auch nur in originärer Weise, und daher kann ihr eine andere Rechtsmacht, die Rechtsmacht eines Andern, des gewesenen Eigenthümers, gegenüberstehen; wo der Erwerb in derivativer Weise geschieht, erlangt der Erwerber auch eine Rechtsmacht, aber ebenfalls eine abgeleitete, oder richtiger ausser der an sich in der possessio liegenden noch eine höhere abgeleitete, und ihr steht keine andere Rechtsmacht gegenüber, vorausgesetzt, dass auch der Rechtsmacht des Vormannes keine andere gegenüberstand, und jedenfalls nicht eine Rechtsmacht seines Vormannes. Also eine Abstraction der beiden Eigenthumselemente musste das Recht seit der Entstehung des Rechtsstaates von Anfang an eintreten lassen: Besitz und Recht auf den Besitz können in gewisser Weise auseinanderfallen; aber der Eigenthumsbegriff hängt sich nicht, wie später, an dieses an, sondern haftet an jenem. Diese Abstraction ist die practische Folge, die sich aus der Eigenschaft der possessio als eines wahren Rechtsverhältnisses ergiebt.

Ein volles und wahres Rechtsverhältniss an der Sache ist nur die possessio, das Besitzeigenthum, welches sein Recht in sich trägt, und nur sie geniesst staatlichen Schutz gegen Angriffe; als Besitzeigenthum hat die römische possessio von jeher und vor Aufstellung der possessorischen Interdicte staatlichen Schutz gefunden[14]). Aber freilich eines Rechtsmittels bedurfte der Besitzeigenthümer nicht, solange er dies war; erst wenn er das Besitzeigenthum eingebüsst hatte und ihm nur das nudum jus verblieben war, war ihm ein Rechtsmittel von Nöthen, um auf Grund seines jus das Besitzeigenthum wiederzuerlangen. Dieses Rechtsmittel ist nun kein anderes, als die rei vindicatio; sie ist so alt, wie das Eigenthum im

---

[14]) Insofern ist der Besitz für den Eigenthumsprocess nicht irrelevant, wie Brinz a. a. O. S. 124 ff. meint, um den Contravindicationszwang zu erklären; aber noch weniger ist für seine Erklärung die Annahme nöthig oder gerechtfertigt, dass der Besitz etwas ganz Schutzloses wäre, für welchen Fall Lotmar Krit. Stud. S. 160 den Contravindicationszwang für begründet hält. Der Besitz wird eben im und mit dem Eigenthume geschützt.

römischen Rechte selbst. Sie bezweckte zu allen Zeiten Erlangung oder Wiederlangung des dem Vindicanten auf Grund seines jus gebührenden Besitzes, mag in ihm das Eigenthum aufgehen oder nicht. Aber eben weil das älteste römische Eigenthum Besitzeigenthum, possessio, ist, hat auch die vindicatio ursprünglich die Aufgabe, das Eigenthum zu begründen bez. wiederherzustellen. Ihre Voraussetzung ist nicht, wie später, das Eigenthum, sondern im Gegentheil Mangel des Eigenthumes; nicht der Eigenthümer hat ursprünglich die vindicatio, sondern der Inhaber des blossen, vom Besitze unabhängig gewordenen jus. Erst als das blosse jus infolge der Lösung des Besitzes vom Eigenthume sich zum Eigenthume selbst befestigt hatte, ward die vindicatio das Rechtsmittel des nichtbesitzenden Eigenthümers[15]). Mit dem Wechsel des Eigenthumsbegriffes änderte auch die vindicatio entsprechend ihren Beruf; das Verhältniss kehrte sich geradezu um. Aber ursprünglich ist die vindicatio das prius, die Ursache; das Eigenthum das posterius, die Wirkung; an einem besonderen Falle wird sich dies nachher noch bestätigen[16]).

---

[15]) Damit verschwand der Gegensatz des Eigenthumes und des nudum jus innerhalb desselben Rechtssystems; er trat mit dem Gegensatze des jus civile und jus gentium von Neuem auf, insofern dem quiritischen Eigenthume das bonitarische, mit der possessio verknüpfte, gegenüberstehen konnte.

[16]) Diese ursprüngliche Bedeutung der vindicatio hat sich in einzelnen Fällen bis in das classische, ja justinianische Recht erhalten. Zunächst scheint dies für das legatum sinendi modo zu gelten. Zwar nach Gajus II, 213 haftet der Erbe mit einer actio in personam; allein andere Juristen seiner Zeit hielten, wie aus Gajus II, 214 hervorgeht, den Erben nicht für obligirt, mussten also zur Annahme einer dinglichen Klage hinneigen, wenn auch gerade diesen Punkt die Stelle umgeht und statt des Kernpunktes nichtssagende Worte bringt. Dazu kommt nun aber eine Stelle des westgothischen Gajus (II, 5, 6), welche in der Hauptsache originell zu sein scheint: in quo legato non quidem heres legatario rem quae relicta est, jubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere. Hiernach steht dem Legatar, welcher durch das Legat an sich zweifelsohne nicht Eigenthümer (ipso jure) geworden ist, die vindicatio, also die dingliche Klage zu; er hat nur das Recht (nudum jus) erhalten, sich das Eigenthum durch vindicatio zu verschaffen. Dass das Wort vindicare hier technisch gebraucht wird (untechnisch steht es z. B. bei Justinian in L. 3 § 3 b C. 6. 43),

Ist die vindicatio das Rechtsmittel des bloss Berechtigten zur Erlangung des Besitzeigenthumes, so ist sie nothwendig der Act der Besitzergreifung, denn anders kann der Besitz nicht erworben werden. Darnach bestimmt sich der ganze äussere Hergang des Vindicationsverfahrens. Der Vindicant apprehendirt die im Besitze und Eigenthume eines Andern befindliche Sache, manum inicit rei, und zwar unter Berufung auf sein Recht dazu. Durch die Besitzergreifung erlangt er das Eigenthum, und er sagt daher mit vollem Rechte: hanc ego rem ex jure (später Quiritium, früher wohl publico oder dergleichen) meam esse ajo. Durch die Besitzergreifung aber hat er dem bisherigen Eigenthümer das Besitzeigenthum entzogen und ihm nur sein (vermeintliches) jus gelassen. Will

diese Annahme scheint geboten theils mit Rücksicht darauf, dass der Text wahrscheinlich Gajanisch ist, theils und besonders deswegen, weil die Stelle den Bericht bei Gajus II, 214 ergänzt und zu der Meinung der anders als Gajus lehrenden Juristen passt. Dann aber leuchtet nicht ein, dass wir unter der vindicatio, wie Brinz krit. Ueberschau II S. 171 will, „nicht die Klage, sondern die aussergerichtliche Unterwindung der Sache durch den dazu berechtigten Legatar“ verstehen sollen; denn wo die aussergerichtliche vindicatio zulässig ist, da muss sie auch nöthigenfalls gerichtlich durchgeführt werden können, und gerade auf die dingliche Klage muss es hier ankommen, weil die bei Gajus II, 214 erwähnten Juristen die in personam actio verwerfen. Der Erbe soll also die vindicatio des Legatars dulden, pati; das ist eine Vorschrift des Testators sowohl für den Erben im Hinblick auf die aussergerichtliche vindicatio des Legatars, als auch für den Richter, falls der Legatar zur Anstellung der gerichtlichen vindicatio infolge des Widerspruches des Erben genöthigt wird: sein Widerspruch soll für den Richter bedeutungslos sein. Dies ist das Recht des legatum sinendi modo nach der Ansicht eines Theils der classischen Juristen gewesen. Die Beantwortung der Frage, wie sich Gajus dazu stellte, hängt ganz davon ab, ob wir dem Texte des epitome oder dem „echten“ Gajus mehr Glauben schenken. Es wäre möglich, dass auch der letztere an dieser Stelle unecht ist, dass hier eine spätere Hand geändert hat und die actio in personam des Legatars erst der nachclassischen Zeit angehört: daher auch der gewundene und eigentlich leere Inhalt des § 214; möglich auch, dass Gajus bei einer Ueberarbeitung seiner Institutionen sich selbst verbessert hat und den Westgothen eine alte Ausgabe vorlag. Wie dem auch sei, ursprünglich dürfte der Legatar das Recht zur vindicatio gehabt haben, und zwar als dem Rechtsmittel, durch welches er sich das Eigenthum an der also legirten Sache erwarb: die vindicatio des Nichteigenthümers. Und diese für das classische

letzterer sich beim Verluste seines Eigenthumes nicht beruhigen, will er es wiedergewinnen, so muss auch er seinerseits (contra) vindiciren, d. h. den Besitz ergreifen und auf Grund dessen die Sache als die seinige bezeichnen. Nun kann aber durch die contravindicatio der erste Vindicant nicht wieder seinen eben erst begründeten Besitz wiederverloren haben; er würde sonst wieder vindiciren müssen, dadurch wieder den Gegner zur vindicatio veranlassen und so fort; kurz die Sache würde immer wieder von vorn beginnen müssen, ohne dass ein Abschluss ersichtlich, eine Weiterführung des Verfahrens möglich wäre. Die contravindicatio muss also den Besitz des ersten Vindicanten unberührt und bestehen lassen, Vindicant und Contravindicant müssen beide nebeneinander den Besitz an der Sache haben. Aeusserlich zeigt sich dies darin, dass der erste Vindicant nach der Besitzergreifung, welche durch Handauflegung geschieht, die Hand nicht sogleich wieder von der Sache entfernt, sondern sie in Gewärtigung der gegnerischen contravindicatio und zum Zeichen seines andauernden Besitzes noch fortgesetzt auf die Sache gelegt hält, und auch der Contravindicant thut desgleichen, um nicht dem Gegner den Besitz zu überlassen. Beide lassen die ergriffene Sache — und hieraus ergiebt sich die Richtigkeit des Gesagten — erst los auf den Befehl des Praetors: mittite ambo (sc. rem). Durch diesen

Recht als Besonderheit zu bezeichnende Thatsache würde sich m. E. so erklären, dass diese vindicatio zur Zuständigkeit des Centumviralgerichtes noch zur classischen Zeit gehörte, dass sie mittels legis actio (sacr.) geltend zu machen war: in der Centumviralgerichtspraxis hatte sich das alte Vindicationsrecht erhalten. Denn dass zur classischen Zeit auch, wenn nicht alle, so doch gewisse Eigenthumsprocesse vor die Centumvirn gehörten, ist zwar nicht ausdrücklich bezeugt, aber, nach dem früheren Rechte (Cic. de orat. I. 38) zu schliessen, nicht unwahrscheinlich, vielleicht auch aus den allgemeinen Bemerkungen bei Gajus IV, 31 und 95 zu entnehmen. — Auch das legatum per vindicationem wird ursprünglich, wie es sein Name besagt, dem Bedachten nicht ipso jure das dingliche Recht selbst verschafft haben, sondern nur das Recht zur vindicatio, und erst als die Theorie dieses Recht zu dem entsprechenden dinglichen Rechte selbst erhob, bildete sich nothwendig jenes neue Dogma. — In den Fällen der vindicatio utilis aber ist die vindicatio bis auf Justinian das Mittel gewesen, durch welches der dazu berechtigte Nichteigenthümer das Eigenthum selbst erwarb.

Missionsbefehl macht der Praetor nach der Ansicht Mancher die Sache besitzlos, um sie durch die Vindicienertheilung nachher einer Partei zum interimistischen Besitze zu überweisen. Diese Ansicht kann richtig sein, aber nöthig ist dies nicht. Jener Befehl kann auch eine rein processuale Bedeutung haben, insofern er constatirt, dass ein ordnungsmässiger Rechtsstreit vorliegt, dass beide Theile den Besitz und das Eigenthum an dem Streitobjecte gegenwärtig haben, und dass jeder Theil für sich ausschliesslich Besitz und Eigenthum in Anspruch nimmt. Das Vindicienertheilungsdecret des Praetors wäre dann ein provisorisches Urtheil, welches vorläufig den ausschliesslichen Besitz mit Eigenthum der einen Partei zuerkennt, sie vorläufig als rechtmässigen Besitzer und Eigenthümer anerkennt.

Die vielbestrittene Frage, welche Rolle der Besitz im Vindicationsprocesse spielt[17]), ob der Beklagte der Besitzer gewesen sein müsste, oder ob keine Partei Besitzer war oder doch nicht als solcher betrachtet wurde, beantwortet sich nach dem Gesagten dahin, dass der Nichtbesitz zwar Voraussetzung für die beiderseitige vindicatio ist, dass aber nach deren Vollzuge beide Parteien Besitzer und Eigenthümer der Sache sind. Der Rechtsstreit dreht sich daher auch nicht um die Frage, wer Besitzer oder Eigenthümer ist; denn dass beide Parteien gegenwärtig Besitz und Eigenthum haben, müssen die Parteien ebenso anerkennen, wie es der Praetor anerkennt; sondern um die Frage, wer ausschliesslicher Besitzer und Eigenthümer sein soll, d. h. wer von beiden der rechtmässige Besitzer (Eigenthümer) ist, daher nicht bloss das Endurtheil, sondern auch das provisorische Vindicienurtheil[18]) darüber erkennt. Diese Frage aber kann nur so entschieden

---

[17]) s. darüber Brinz a. a. O. S. 124 ff. und oben N. 14.

[18]) So Lotmar (zur legis actio sacr.) S. 85 und 86. Brinz a. a. O. S. 127 und 129. — Der Eigenthumsstreit ist zugleich Besitzstreit, weil Eigenthum und Besitz identisch sind, aber in dem oben angegebenen Sinne: wer Eigenthümer, d. h. Besitzer sein soll. Unrichtig ist daher die Meinung von Huschke Multa S. 426 dass der Eigenthumsstreit bloss einleitungsweise ein Besitzstreit sei.

werden, dass untersucht wird, wessen jus, auf welches sich die possessio gründet, das bessere ist; denn wer das bessere jus hat, als der Andere, hat auch das bessere Eigenthum, die bessere possessio, und dieser muss die schlechtere possessio weichen, zu ihren Gunsten provisorisches und Endurtheil ausfallen.

Wir kommen daher zu dem Ergebniss, dass der älteste Eigenthumsbegriff des römischen Rechtes, wie er der possessio eigen ist, kein absoluter ist, sondern ein relativer. Daher ist auch im Eigenthumsrechtsstreite, aber auch nur in diesem, sowohl wenn er aussergerichtlich vorbereitet wird, als auch wenn er in jure sich abwickelt, eine compossessio plurium in solidum ursprünglich möglich; nur haben beide Theile nicht ein gleichwerthiges, sondern nothwendig ein verschiedenwerthiges Eigenthum. Eine solche compossessio, bei welcher nach späterer Terminologie jeder Theil die possessio corpore (et animo) hat, ist solange im Eigenthumsstreite vorhanden gewesen, als dieser ein Legisactionenprocess war, auch nachdem an die Stelle des Eigenthumes der possessio das dominium ex jure Quir. getreten war: seitdem lag ein condominium plurium in solidum vor. Freilich seitdem mit dem Aufkommen des Formularprocesses der Legisactionenprocess zurücktrat und das Verständniss des letzteren unter dem Einflusse des ersteren sich verlor, verwarf die Theorie die compossessio plurium in solidum überhaupt.

Daher leugnen der jüngere Celsus[19]) und Paulus[20]) dieselbe schlechtweg mit der Begründung, dass nur einer die possessio corpore haben könne. Abgesehen von dem zu ihrer Zeit noch nicht ganz ausser Uebung gekommenen Sacramentsprocess, dessen Beziehung zur compossessio ihnen ganz fern lag, ist dieser Satz für das classische Recht unzweifelhaft richtig, und es ist daher wunderbar, wenn wir bei Paulus lesen, dass er mit diesem Satze eine andere Theorie bekämpfen will, welche noch immer eine compossessio plurium in solidum annahm, dabei freilich auch nicht an den Sacramentsprocess dachte.

---

19) L. 5 § 15 D. 13, 6.
20) L. 3 § 5 D. 41, 2.

Wie löst sich dieser Widerstreit? Sehen wir genau zu, so handelt es sich hier um einen Streit der beiden Rechtsschulen. Die ältere Theorie war die letztere, welche eine compossessio gelten liess. Sie lehrt z. B. Trebatius (N. 20), und es ist daher anzunehmen, dass sie in der republicanischen Zeit, wann sie auch entstanden sein mag, allgemein anerkannt war; wenigstens lernen wir als ihren ältesten Gegner den Labeo (N. 20) kennen. Diese von Trebatius bezeugte Theorie hat nun Sabinus (N. 20) zu der seinigen gemacht, aber auch Julian in L. 19 pr. D. 43, 26 steht zu ihm[21]), und Pomponius in L. 15 § 4 D. 43, 26 libro 29 ad Sab. (vgl. L. 4 § 1 D. ibid. Ulp.) scheint seiner Lehre zuzustimmen[22]). Da die beiden letzteren Juristen Sabinianer sind, so ist es wahrscheinlich, dass die Sabinianer überhaupt jene Theorie vertraten. Auch Ulpian in L. 3 pr. D. 43, 17 folgt ihnen. Den ersten Angriff gegen ihre Lehre hat wohl Labeo selbst, wie gesagt, unternommen, und wenn auch der jüngere Celsus, ein Proculianer, als ihr Gegner erscheint, so dürfte sich die Annahme rechtfertigen, dass die Proculianer überhaupt die Ansicht Labeos theilten, welche ausserdem noch Paulus (s. oben) billigte. Auf der einen Seite standen also nur Proculianer, auf der anderen nur Sabinianer, seitdem und so lange die Schulen überhaupt bestanden. Wie lautete nun aber die Lehre der Sabinianer und der republicanischen Jurisprudenz? Eine compossessio pl. in sol. ist in dem Sinne möglich, dass der Eine corpore, der Andere bloss animo[23]), oder mit anderen Worten, dass letzterer juste, ersterer injuste (vi aut clam aut precario)[24]) besitzt. Gegen diese Lehre lässt sich nichts einwenden; es ist richtig, dass die possessio (wie das dominium) zufolge Abstraction des Rechtes (jus possessionis) vom corpus ein blosser Rechtsbegriff geworden war, dass ihr also das corpus fehlen konnte,

---

21) Denn was soll der Satz: nam neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt, wenn überhaupt possessiones duae concurrere non possunt, also auch nicht eine justa und eine injusta?

22) s. Bekker Besitz S. 109.

23) arg. Pomponius in L. 15 § 4 D. 43, 26 cit.

24) So die übrigen genannten Juristen dieser Richtung.

und dass an einer und derselben Sache eine doppelte possessio, eine possessio animo et corpore und eine bloss animo, bestehen konnte. Eine compossessio, wie sie nach altem Vindicationsrechte möglich war, und welche die Proculianer (bis auf die genannte Ausnahme mit Recht) verwarfen, nämlich eine compossessio corpore, nehmen also die Sabinianer gar nicht an, und der Vorwurf jener trifft sie gar nicht. Vollends Labeos Einwurf: in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat bestätigt die sabinianische Lehre, anstatt sie zu entkräften; denn liegt eine possessio in beiden Fällen vor, so ist eine compossessio im Sinne der Sabinianer vorhanden[25]).

Um nach dieser kleinen Abschweifung auf die relative Natur der possessio, sofern wir unter ihr natürlich nicht das corpus possessionis, sondern ein Rechtsverhältniss verstehen, welches sie nach Allem gewesen sein muss, zurückzukommen, so ist dieselbe längst erkannt. Vor Allen hat Seitz[26]) dieselbe wiederholt energisch betont, und man hat sich auf Grund der Quellen von der Richtigkeit dieses Gedankens überzeugen lassen.[27]) Was die possessio zu einem Rechtsverhältnisse macht, ist das ihr zu Grunde liegende jus, und je nachdem dieses absolut gegen jeden Dritten wirksam ist, das Recht eines jeden Dritten an der Sache ausschliesst, oder nur relativ, nur gegen bestimmte Dritte wirksam ist, je nach seiner Stärke ist das Rechtsverhältniss, die possessio, selbst entweder ein absolutes oder ein relatives. Die Römer unterschieden darnach zwischen dem optimum oder plenum jus, welches der absoluten possessio innewohnt, und dem minder guten oder mehreren unter sich wieder verschiedenwerthigen Arten von schlechterem jus. Dieses relative jus bezeichnen sie bekanntlich mit plus juris; der Inhaber desselben hat eine melior causa possessionis, ist potior possessor. Dabei ist der blosse Besitz, welcher sich auf kein

25) Vgl. zu der Frage auch Scheurl Weitere Beitr. zur Bearb. des r. R. Heft 2 S. 41 ff.

26) a. a. O. Vorwort S. XXVII u. S. 63 ff. und seine daselbst angeführten früheren Schriften.

27) Seitz führt Bekker krit. Vierteljahrsschrift Bd. 18 S. 18, 19 und Bruns Besitzklagen S. 291 ff. (s. auch S. 281 ff.) an.

anderes jus als eben auf das im corpus possessionis liegende stützt, auch ein Rechtsverhältniss, welches zunächst nur gegen Nichtbesitzer wirksam ist: hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet, sagt Paulus in L. 2 D. 43, 17. Es ist also wirksam nicht nur gegen solche Nichtbesitzer, welche gar kein jus auf die Sache haben, sondern auch gegen solche, welche zwar ein jus und womöglich ein besseres jus als der possessor haben, aber nur als ein jus nudum ohne das corpus possessionis. Wenn aber ein Nichtbesitzer den Besitz ergreift und der bisherige Besitzer unter Fortbestehen des Besitzes des ersteren (vindicatio und contravindicatio) sich gleichfalls wieder zum Besitzer macht, muss es sich herausstellen, ob der letztere die schlechteste possessio hat oder nicht. Hat der Vindicant auch kein anderes jus, als das in der Thatsache des Besitzes liegende, so muss doch das jus des Contravindicanten, welches dieselbe Grundlage hat, siegen, weil er vorher (unbestrittener) Besitzer war; hat dagegen der Vindicant ein besseres jus auf den Besitz, so ist dies stärker als das des Contravindicanten, und mithin auch die possessio des ersteren eine relativ bessere, als die des letzteren. Das blosse corpus possessionis kann sich daher im Rechtsstreite bald als schlechtere possessio, bald als bessere herausstellen; besser aber kann sie nur dann sein, wenn ihr ebenfalls bloss das corpus possessionis mit dem in diesem an sich liegenden jus gegenübersteht.

Dieser relative Begriff der possessio ist nicht erst im classischen Rechte ausgebildet, sondern reicht bis in die Zeit hinauf, von welcher wir hier sprechen, in welcher die possessio das einzige Eigenthum und dieses Besitzeigenthum war. Nur von ihm aus erklärt sich der relative Character des später an die Stelle der possessio tretenden dominium ex jure Quir. zur Zeit der Legisactionen. Auch dieser ist bereits von manchen Neueren erkannt worden; die Natur der legis actio sacr. in rem führt ja auch nothwendig auf diese Erkenntniss. Zuerst hat wohl Ihering[28]) nach dieser Richtung hin seine Stimme

---

[28]) Geist IV S. 308 N. 426a; in seinem Sachregister unter Eigenthum sagt er mit Verweisung auf diese Stelle: angeblicher absoluter Character des röm. Eigenthums.

erhoben; aber leider ist er mit der Fortsetzung seines Werkes die genauere Entwickelung und Begründung seiner Ansicht schuldig geblieben. Nur soviel erfahren wir von ihr aus früheren Stellen seines „Geistes“[29], dass die vindicatio im Legisactionenprocesse die drei Rechtsmittel des späteren Rechtes in sich vereinigte, nämlich die reiv., Publiciana und die possessorischen Interdicte, dass sie im älteren Processe nicht selten die Wirkung der Publiciana gehabt haben wird, d. h. dass nur das relative Verhältniss zur Sache entschied. Sodann hat auch Eck[30]) darauf hingewiesen, dass die vom Richter zu beantwortende Frage die war: wer hatte das bessere Recht? Aber freilich lässt Eck dies nur mehr als eine Besonderheit des alten Eigenthumsprocesses gelten, und auch bei Ihering in den zuletzt genannten Stellen überwiegt dieser Gedanke.[31]) Aber diese Besonderheit des Processes wäre doch noch zu erklären, und zwar einzig aus dem Eigenthumsbegriffe selbst. Dieser war eben ein relativer, und hieraus ergab sich für den Richter von selbst die Aufgabe, das bessere Recht, d. h. das bessere Eigenthum zu schützen.[31a]) Der anfängliche Begriff des dominium (ex jure Quir.) war kein anderer, als der der possessio, weil die alte possessio im Gebiete des jus civile dominium wurde und diesen Namen bekam. Sehen wir zu, wie sich diese Wandlung vollzog.

Wir dürfen annehmen, dass die possessio das altitalische, insbesondere altlatinische Eigenthum war, und dass sie daher auch seit der Bildung von Rechtsstaaten ein den einzelnen Stammesrechten der latinischen Völker materiell gemeinsames, formell aber verschiedenes Rechtsinstitut war. So war denn die possessio auch das älteste römische Eigenthum, der Zeit des patricischen Geschlechterstaates angehörig, in welcher also die plebs noch kein Glied des römischen Volkes war und es

---

[29]) IV S. 93 N. 115 und S. 103 vor und nach N. 129 d.

[30]) Die sog. doppelseitigen Klagen S. 16 ff.

[31]) Weil der Richter an eine strenge Beweistheorie nicht gebunden sei, heisst es a. a. O. S. 103, habe auch sog. halber Beweis im Eigenthumsprocesse genügt; daneben aber spricht er S. 104 von dem Gedanken der Relativität im Eigenthums r e c h t e, welcher allerdings nur in dem subjectiven Gefühle des Richters seine Verwirklichung gefunden habe, nur durch dieses vermittelt worden sei.

kein jus civile Quir. und kein Eigenthum nach diesem Rechtssysteme gab. Die possessio war daher das Eigenthum nach einem andern römischen Rechtssysteme, und zwar nach jus gentilicium[32]) oder publicum, d. h. nach dem Rechte der später patricischen gentes oder des alten populus. Mit der Entstehung des jus civile verschmolz diese possessio mit der der Neubürger zum dominium, wie wir nachher sehen werden, aber nicht völlig. Noch in die historische Zeit hinein ragt als ein Beispiel dieses gentilicischen Eigenthumes ein Fall, welcher ohne diese Annahme ganz in der Luft schweben würde: die possessio der Patricier am ager publicus. Die possessio der einzelnen gens an einem bestimmten Theile des sog. ager publicus war in den Zeiten des römischen Geschlechterstaates volles und ausschliessliches Privateigenthum derselben, erworben durch den allgemeinen Erwerbsact der possessio, die occupatio, welche aber gewiss nicht ein einseitiger Act war, sondern occupatio zufolge concessio, d. i. traditio Seitens des populus, der Gesammtheit der gentes;[32a]) auch wäre die Vorstellung, als erfolgten die Occupationen regellos, je nachdem eine gens zugriff, zum Mindesten für die älteste Zeit irrig, vielmehr lag ihnen ein bestimmter Vertheilungsplan zu Grunde, wie auch den späteren Assignationen. Das auf diese Weise bereits erworbene Grundstück kann daher auch nicht mehr den Namen ager publicus geführt haben; es war ager publicus, Staatseigenthum, gewesen, aber nach der Vertheilung war es Privateigenthum der einzelnen gens, ager gentilicius, geworden, welcher nun nach dem Eigenthumsrechte an ihm, possessio, selbst auch possessio genannt wurde.[33]) Diese älteste possessio der gens an ehemaligen Theilen des ager publicus war, weil sie Volleigenthum war,

---

[31a]) Auch im griechischen Eigenthumsprocesse siegte derjenige, Ὅτῳ προσήκει μᾶλλον (Leist Graec.-ital. R. G. S. 490), daher wir auch hier relatives Eigenthum anzunehmen haben.

[32]) So mag das Stammesrecht der Patricier ursprünglich geheissen haben; Livius nennt es mehrmals jus gentium (sc. patriciarum) oder gentium jus. s. Voigt XII Tafeln II § 169 N. 30.

[32a]) Der populus war vertreten durch den die concessio edicirenden Magistrat.

[33]) Ueber das Recht der „staatsrechtlichen“ possessio hat kürzlich Voigt in Band X der Abh. der phil.-hist. Classe der Kön. Sächs. Gesellsch. d. Wiss.

keine „staatsrechtliche," wie man die spätere widerrufliche und mit einer öffentlichen Abgabe belastete possessio an dem immer noch im Staatseigenthume stehenden ager publicus wohl bezeichnen kann, sondern eine durchaus privatrechtliche; zwar war sie juris publici, aber jus publicum ist ursprünglich nicht das Staatsrecht, sondern das Volksrecht, jus populi, und da der populus vor Servius nur aus den nachmaligen patricischen gentes bestand, so ist das jus publicum das patricische Rechtssystem und nach der Entstehung des jus civile das patricische Sonderrecht. Das obige im Patricierrecht begründete Occupationssystem hätte mit der Erweiterung des populus i. w. S. durch die plebs billigerweise einem neuen Vertheilungsplane Platz machen müssen, nach welchem auch die Plebejer an dem Erwerbe des von ihnen miterstrittenen ager publicus betheiligt worden wären; allein eine völlige politische Gleichheit mit den Patriciern war ihnen von Servius nicht zugedacht worden, wie ja der Ausschluss der Plebejer von den Staatsämtern und der Mangel des conubium cum patribus, beides auch noch zur Zeit der Republik, beweist. Auch werden die Plebejer diese Ungleichheit Anfangs nicht als Härte empfunden haben: sie waren zunächst mit dem zufrieden, was sie durch Servius erlangt hatten. So hielten denn auch die Patricier an ihrem bisherigen Occupationssystem, nach welchem der ager publicus an den populus i. e. S., d. h. an sie fiel, fest, m. a. W.: das ganze Rechtsverhältniss der possessio am ager publicus gehörte immer noch dem jus publicum, nicht civile an. Die weitere Entwickelung dieses Occupationssystemes und des auf ihm beruhenden Possessionenrechtes, welche zu der von Voigt dargestellten staatsrechtlichen possessio führte, werden wir von Anfang an und durchweg auf die Rechnung der Ständekämpfe zu setzen haben. Dass die plebs eine gerechtere Vertheilung des ager publicus verlangte, war die wirthschaftliche Seite derselben auf agrarischem Gebiete; aber, vom rechtlichen Standpunkte angesehen, war

S. 223 ff. eine Abhandlung veröffentlicht; doch stellt er nur das spätere Recht dar, welches uns hier weniger interessirt. Das älteste Recht streift er nur in § 4 N. 1, doch lässt er den ursprünglich zum Volleigen aufgetheilten ager publicus nicht als possessio gelten, was mir nach Obigem nicht richtig erscheint, sondern vermuthlich als dominium; aber dieses war erst das spätere Eigenthum nach jus civile.

der Kampf der Plebejer gegen das patricische Occupationssystem nur ein Glied des grossen häuslichen Krieges, welchen die ersteren gegen das patricische Sonderrecht, das jus publicum, überhaupt und auf allen Gebieten desselben führten. Wie diesem Kampfe nach und nach das ganze jus publicum zum Opfer fiel, wie das patricische Sonderrecht entweder ganz unterging oder im gemeinen Rechte aufging, so nahm auch die Entwickelung des Possessionsrechtes unter dem Einflusse dieser Bewegungen die Richtung, das Possessionenrecht des jus publicum unter die Herrschaft des jus civile zu stellen. Der Keim solcher Entwickelung lag darin, dass an die Stelle des ursprünglichen Volleigenthumes der possessio das revocable Eigenthum gesetzt und gleichzeitig auf dasselbe ein vectigal gelegt ward: das war die erste Errungenschaft der plebs, dass, wenn ihnen auch die possessio selbst verschlossen blieb, sie doch für das Allgemeine, für den Staat nutzbar gemacht ward, dass somit die Unbilligkeit des patricischen Occupationssystems wenigstens durch die Besteuerung der Possessionen ausgeglichen und überdies dem Staate das Einziehungsrecht gewahrt ward. Dieses neue Rechtsverhältniss, welches an sich immer noch dem jus publicum ausschliesslich angehörte, gab aber mit dem Aufkommen des jus gentium die Veranlassung zu einer ganz anderen Auffassung desselben und zu einer Rechtsconstruction, welche die possessio von dem Boden des jus publicum allmählich ganz löste. Die formelle Handhabe dazu bot der Name des patricischen Eigenthumes: possessio und seiner Erwerbsart: occupatio. Possessio und occupatio waren ja auch Institute des neugebildeten jus gentium, und wie sich mit dem Parallelismus der doppelten Rechtssysteme, des jus civile und jus gentium, der Begriff des duplex dominium ergab, so übertrug man auch dieses duplex dominium auf die patricische possessio, indem man ein dominium ex jure Quir. des populus Romanus Quir, neben der privaten possessio der Patricier construirte: war der aufgetheilte ager publicus ursprünglich ager privatus im Volleigenthum der Occupanten, so war er jetzt ager publicus privatusque[31]) zugleich. Diese Rechtsconstruction, welche die Patricier ge-

---

[31]) s. Voigt a. a. O. § 3 N. 17; unrichtig fasst den Ausdruck auf Rudorff grom. Inst. S. 314 N. 220 und in Böckings Pand. Anhang VIII.

wiss nicht anerkannt haben werden, bedeutete aber nichts Anderes, als dass man die possessio des jus publicum nach dem jus civile bemass, also nach einer Grösse, welche schlechterdings keinen Massstab für sie abgeben konnte, da jus publicum und jus civile zwei neben einander hergehende und sich gegenseitig ausschliessende Rechtssysteme im römischen Rechte waren. Aber die plebs setzte diese Auffassung des Verhältnisses durch, und sie machte allmählig den Ursprung der possessio am ager publicus im jus publicum ganz vergessen, so dass nun diese possessio fast in der des jus gentium aufging, nur dass natürlich Peregrinen an der occupatio des römischen ager publicus nicht theilnehmen konnten und vorerst auch noch die Plebejer selbst von ihr ausgeschlossen waren. Es war hiernach nur ein Schritt auf der einmal betretenen Bahn vorwärts, dass auch die Plebejer, wahrscheinlich durch die lex Licinia, zu dieser occupatio befähigt wurden; damit war die possessio des jus publicum im alten Sinne geschwunden. Die folgende Entwickelung, welche Voigt a. a. O. § 4 dargestellt hat, führte zur Aufhebung der possessio am ager publicus überhaupt.

Wie hiernach die possessio das älteste römische Eigenthum zur Zeit des römischen Patricierstaates war, so war sie auch bei den übrigen italischen Gemeinwesen und Völkerschaften das Eigenthum nach ihren Stammesrechten, sowohl bei denjenigen, welche unter Servius als plebs dem römischen Staatsverbande einverleibt wurden, als auch bei den andern, welche den Römern als Peregrinen gegenüberstanden. Daher ist die possessio nach späterem römischen jus gentium das Peregrineneigenthum. Wie die Peregrinen nicht Subjecte des jus civile waren, so war der Provincialboden nicht Object nach ihm, und daher war auch er nur dem Eigenthum des jus gentium, der possessio, für Private zugänglich. Es dauerte bis auf Justinian, bis auch diese possessio mit dem dominium verschmolz. Die Aufnahme der plebs aber in den römischen Staat schuf, das jus publicum der Patricier principiell unberührt lassend, ein gemeines Landrecht für die Alt- und Neubürger, das jus civile, Bürgerrecht schlechthin. Dieses war kein anderes, als das bisherige latinische Stammrecht der plebs, jus privatum im Gegensatz zum jus publicum genannt; dasselbe brachte die plebs, da ihr das jus publicum verschlossen blieb, in den römischen Staat mit;

darum sind jus civile und jus privatum im römischen Rechte ganz gleichbedeutend[35]). Uebrigens ist es bei der latinischen Stammverwandtschaft beider Stämme nur erklärlich, wenn jus publicum und privatum materiell vielfach übereinstimmten, und soweit dies der Fall war, ward das Recht juris civilis, schied also aus dem jus publicum aus[36]). Dies gilt für die possessio, mit Ausnahme der besonderen possessio am ager publicus, und demnach auch für die occupatio[37]) und vindicatio. Die possessio als das Besitzeigenthum mit seinem relativen Character, welcher sich im Eigenthumsstreite offenbarte, ward mit der Entstehung des römischen jus civile civiles Eigenthum, als solches mancipium, später dominium[38]) genannt; die possessio gab für das letztere den Stoff ab[39]). Wie vorher im Eigenthumsprocesse eine compossessio plurium in solidum, so war auch jetzt ein ebensolches condominium möglich, welches sich solange erhielt, als der Legisactionsprocess üblich war, weshalb es die classischen Juristen nicht hätten unbedingt verwerfen sollen.

War aber die possessio in der Hauptsache civiles dominium geworden, so fragt es sich doch noch, wie die Römer später wieder zu einer eigenen possessio neben dem dominium kommen konnten. Auf diese Frage will ich möglichst kurz eine ungefähre Antwort geben. Wie es ursprünglich für die possessio nur eine einzige Erwerbsart in der occupatio gab, sei es als

---

35) Dies gegen Seitz a. a. O. S. 125 ff., welcher auch in diesem Punkte, wie häufig in Einzelheiten, irrt.

36) Institute des jus publicum blieben auch noch nach der Zwölftafelgesetzgebung z. B. die arrogatio und confarreatio; erstere war später juris civilis, letztere blieb dagegen stets auf Patricier beschränkt, solange sie überhaupt existirte. Das Intestaterbrecht dagegen ward durch die XII Tafeln im Ganzen Civilrecht, was betreffs des Erbrechtes der Gentilen, der dritten Intestaterbklasse, auffallend ist; aber freilich blieb dieses thatsächlich juris publici, weil die Plebejer keine gentes im Rechtssinne hatten.

37) Einschliesslich der traditio.

38) s. oben § 8 S. 121 ff.

39) Daher sagt Gajus II, 40 mit Recht, dass die Römer ursprünglich nur einen Eigenthumsbegriff, nämlich in dem dominium, hatten; erst später trat die Theilung des Eigenthumes in dominium und possessio ein. Wer hätte da aber vorher anders der dominus sein können, als der possessor?

originärer (occupatio i. e. S.)[40]), sei es als derivativer Act (traditio)[41]), so war sie auch anfänglich die einzige civilrechtliche Erwerbsart[42]). Aber freilich haben wir uns unter der alten occupatio bez. traditio nicht einen formlosen Act vorzustellen, wie sie es im classischen Rechte war. Die römischen Juristen führen die occupatio und traditio des classischen Rechtes nicht auf das jus civile, sondern auf das jus gentium zurück, und sie haben hierin ganz Recht. [Möglich, dass in der italischen Urzeit die traditio, um nur von dieser zu sprechen, auch nur eine formlose Uebergabe, richtiger ein formloses Ergreifen der zu tradirenden Sache mit der Hand war; aber hierbei ist sie auf römischem Boden gewiss nicht stehen geblieben. Strenger Formalismus ist der ältesten Zeit Roms eigen. Natürlich ist dieser Formalismus nicht künstlich geschaffen, nicht erfunden worden, sondern hat sich von selbst aus den Lebensverhältnissen heraus entwickelt. Um den Eigenthumserwerbsact zu vollziehen, genügte die occupatio im vulgären Sinn, die Besitzergreifung der Sache mittels Anfassens mit der Hand; um ihn aber gehörig zu constatiren, um die occupatio als traditio erkennen zu lassen, um späteren Zweifeln und Streiten über den animus transferendi des Tradenten vorzubeugen, ward es üblich, noch ausdrücklich den Eigenthumserwerb während und mit der occupatio zu verlautbaren. Dies geschah mit den kurzen Worten: haec res (nämlich die angefasste Sache) mea est oder: hanc ego rem meam esse ajo. Das Schweigen oder ausdrückliche Bestätigen dieses bestimmten Ausspruches Seitens des Tradenten besiegelte das zustandegekommene Rechtsgeschäft. Diese Form der traditio ward ständig, und so entwickelte sie sich zu einer regelrechten legis actio, zu einem solennen, aus der adprehensio rei und dem Aussprechen von certa verba bestehenden Rechtsacte. War das Rechtsgeschäft ein zweiseitiges, so nahm jeder Theil eine solche traditio vor. Nun war aber das älteste zweiseitige Rechts-

[40]) Auch die vindicatio enthielt eine occupatio, aber diese war Rechtsverfolgung, nicht Rechtsgeschäft.

[41]) Wie die occupatio am ager publicus.

[42]) Eine ähnliche Speculation ist der Ausspruch des jüngeren Nerva in L. 1 § 1 D. 41, 2; nur müssen wir die occupatio i. w. S. verstehen.

geschäft kein Kauf, sondern ein Tausch; es war solange Tausch, als es noch keinen festen allgemeinen Werthmesser gab. Zu solchem bildete sich erst das Metall heran, und seit der Zeit lag ein Kauf dann vor, wenn von der einen Seite aes, von der andern eine andere Sache geleistet wurde. Betrachten wir nun die traditio unter dem Gesichtspunkte des Kaufes, so war das älteste Geld nicht gemünztes Geld, sondern aes raudum oder rude; sollte daher ein certum pretium gezahlt werden, so konnte dies nicht zugezählt, sondern musste zugewogen werden. So trat zur traditio in der oben angegebenen Gestalt noch der Act des Zuwägens hinzu, und wir erhalten hiermit als die alte civilrechtliche traditio das per aes et libram gestum, das nexum i. w. S. Hiernach ist der äussere Hergang beimKaufe der, dass derVerkäufer, nachdem das aes abgewogen ist, dasselbe anfasst und dabei sagt: hoc ego aes oder haec octo pondo aeris[48]) mea esse ajo, während darnach der Käufer am Kaufobject dieselbe legis actio vollzieht. Wegen der Nothwendigkeit des Abwägens des aes war ein libripens und mindestens fünf Bürger als Zeugen hinzuzuziehen. Aus diesem nexum, dieser traditio mit dem per aes et libram gestum entwickelte sich nun zuerst die in jure cessio, welche die in das jus verlegte traditio ist, und darnach die mancipatio, welche dieselbe traditio, aber mit dem ihr characteristischen Formelzusatze: eaque (sc. res) mihi empta esto ist. Ich werde dies zeigen.

Unsere traditio — ich verstehe hier immer das nexum darunter — hatte einen wesentlichen Mangel, welcher sie namentlich als ungeeignet für den Eigenthumserwerb der wirthschaftlich so wichtigen res mancipi erscheinen liess; er machte sich auch erst fühlbar, als diese verkehrsfähig wurden. Ging nämlich mittels dieser traditio die Sache von Hand zu Hand, so konnten leicht hinterher gegen den letzten gutgläubigen Erwerber von dritter Seite Eigenthumsansprüche erhoben werden, welche unter Umständen im Processe obsiegen mussten. Alsdann aber fehlte dem gutgläubigen, wie überhaupt jedem Erwerber, jeder

---

[48]) Seit Servius schoben sich hier noch die Worte: ex jure Quir. ein.

Regressanspruch an seinen Vormann; weder unsere traditio, noch auch die in jure cessio gaben dem Erwerber einen solchen; erst mit der späteren mancipatio war die Begründung einer Gewährleistungspflicht verbunden. Das Eigenthum des durch traditio Erwerbenden war daher nichts weniger als sicher, und die Unsicherheit desselben musste sich gerade mit Bezug auf die res mancipi recht empfindlich geltend machen. Konnte doch die vindicatio des besser Berechtigten den neuen Eigenthümer von Haus und Hof vertreiben oder ihm sein Wirthschaftsinventar nehmen, und war er ein armer Bauer, so war er zu Grunde gerichtet oder konnte es doch infolge des strengen Schuldrechtes, wenn er in seiner Noth zu einem Darlehn seine Zuflucht nahm, werden; denn, wie gesagt, ein Regressanspruch an seinen, gutgläubigen oder betrügerischen, Vormann fehlte ihm. Man empfand daher zunächst das dringende Bedürfniss nach einer Erwerbsform, welche jene Unsicherheit des Eigenthumes, wenn nicht ganz ausschloss, so doch auf ein möglichst geringes Mass beschränkte; noch regte sich nicht der Gedanke daran, den Vormann regresspflichtig zu machen, oder wenn er etwa schon auftauchte, so wusste man ihn doch nicht practisch zu verwerthen: sonst wäre die in jure cessio unerklärlich. Was war da natürlicher, als dass man die traditio zu einem öffentlichen Acte machte? Die Oeffentlichkeit bot die wirksamste Controle, ob der Veräusserer der Bestberechtigte auf die Sache war, ob er unentwindbares, absolutes Eigenthum zu übertragen im Stande war. Die Gerichtsstätte aber war der Ort, wo das öffentliche Leben und der Verkehr hindrängte. Hier war man der möglichsten Oeffentlichkeit gewiss, wenn der Praetor selbst mit der Sache befasst wurde. Man kam also auf den Gedanken, die traditio unter Mitwirkung des Praetors zu vollziehen. Wie aber war diese Mitwirkung zu erlangen? Wir würden einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit erwarten; allein diese entwickelte sich in Rom erst aus der streitigen heraus: noch später hiess die erstere legis actio. Man konnte daher den Praetor zur Mitwirkung nur durch Anstellung eines Processes über die zu tradirende Sache veranlassen; natürlich konnte dies nur der Eigenthumsprocess, der dingliche Sacramentsprocess sein. So entstand die in jure cessio als eine besondere civilrechtliche

Eigenthumserwerbsart in Rom. Sie ist ein combinirtes Rechtsgeschäft; ihr liegt ein doppelter Gedanke zu Grunde. Sie ist einmal traditio; ich meine nicht die traditio des classischen Rechtes, wie Demelius[44]), obgleich sie natürlich auch deren Merkmale enthält, sondern die alte civilrechtliche in der Form des nexum. Denn die legis actio, ihre Formel und ihre Handlung, ist bei beiden die gleiche; aber auch das Abwägen des Erzes war bei der in jure cessio erforderlich, falls, was ich hier unentschieden lasse, sie nicht etwa zu einer Zeit erst entstand, wo gemünztes Geld bereits existirte; in diesem Falle brauchte natürlich Wage und Wäger nicht erst zugezogen zu werden. Dagegen werden wir für die in jure cessio ältester Gestalt anzunehmen haben, dass, wofern die causa ein Kauf war, der Verkäufer geradeso das aes certum vindicirte, wie der Käufer die Sache. Diese causa aber dürfte der in jure cessio Anfangs begrifflich ebenso zu Grunde gelegen haben, wie jener alten traditio und auch noch der späteren mancipatio, so dass alle diese Rechtsgeschäfte ursprünglich nicht blosse Formen waren, sondern ganz bestimmte materielle Rechtsgeschäfte, nämlich Baarkaufgeschäfte. Erst später sank die in jure cessio mit der mancipatio zu einer blossen Form herab, welche für die verschiedensten materiellen Rechtsgeschäfte verwendbar war, und während die mancipatio eine imaginaria venditio ward, fiel bei der in jure cessio auch das Bildliche des Kaufes ganz weg, so dass der Verkäufer überhaupt keinen thätigen Antheil an dem Acte nahm, auch dann nicht, wenn er zum Zwecke eines Kaufabschlusses benutzt ward; in diesem Falle musste der Käufer dem Verkäufer die Kaufsumme vorher entrichten: so war es wenigstens in classischer Zeit. Aber die in jure cessio ist nicht bloss traditio, sondern eine zu einem öffentlichen Acte erhobene traditio. Die öffentliche Form giebt der dingliche Process ab, der hier freilich dem Zwecke gemäss, dem er

---

[44]) Confessio S. 101; doch sieht man nach ihm ebensowenig, wie nach der Meinung der von ihm mit Recht bekämpften Schriftsteller, welche der confessio in jure die eigenthumsübertragende Kraft zuschreiben, ein, wozu noch die das Zusammenfallen beider Thatsachen, der vom Kläger und vom Beklagten ausgegangenen, feststellende addictio den Act als in der vorgeschriebenen Weise geschehen bestätigen soll.

dienen soll, besonders geartet ist. Der Process ist die vindicatio, die legis actio sacr. in ihrem ersten Theile; sie ist auch in Anwendung auf die in jure cessio wirklicher Process, nicht etwa bloss Scheinprocess, wie man gewöhnlich sagt. Schultze[45]) bemerkt mit Recht, dass der Process nur mit Rücksicht auf sein Motiv ein Scheinprocess genannt werden könnte; es ist ähnlich, wie wenn die mancipatio, welche doch ihrer Form nach ein Kaufgeschäft ist, als eine imaginaria venditio hingestellt wird. Die in jure cessio ist wirklicher Process, welcher allerdings regelmässig nicht zum Rechtsstreite führt und nicht führen soll; denn auch diejenige vindicatio, welche nicht Zwecks in jure cessio, nicht als Rechtsgeschäft, sondern als Rechtsverfolgungsact vorgenommen wird, ist darum nicht minder Process, weil der bisherige Eigenthümer nicht contravindicirt. Die in jure cessio „ist solange wirklicher Process geblieben, als eben die legis actio sacr. das ordentliche Processverfahren war"[46]). Aber insofern die in jure cessio nicht reiner Process, nicht bloss Process, sondern zugleich Rechtsgeschäft, traditio, ist, spielt das Motiv, welches den Process als Form der traditio benutzt, in diesen hinein und giebt ihm eine besondere Gestalt. Denn während die vindicatio an sich zwar innerlich gegen eine bestimmte Person, nicht aber äusserlich gegen einen bestimmten Processgegner, nicht gegen einen Beklagten, der als solcher in jure gegenwärtig sein muss, sich richtet, sondern ein Beklagter erst in der Person des Contravindicanten, welcher seinerseits und aus freien Stücken in den Process eingreift, entsteht[47]), erfordert die begriffliche Zweiseitigkeit der in der jure cessio sich vollziehenden traditio von Anfang an die Gegenwart in jure desjenigen, gegen den die vindicatio gerichtet wird, weil dieser der Tradent sein und die traditio eben vor dem Praetor in der Form des Processes vor sich gehen soll. Der Tradent nimmt also an dem Processe theil nicht als Processgegner, nicht als Beklagter, sondern lediglich in seiner Eigenschaft als Tradent, also nur als Process-

---

45) Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung Bd. I S. 460.
46) Schultze a. a. O. S. 459.
47) s. unten § 10.

person; nicht die vindicatio als solche, sondern als Glied der in jure cessio macht seine Gegenwart und seine formelle confessio nöthig. Die Frage des Praetors an ihn: anne tu contra vindices will daher als Antwort nur eine Traditionserklärung hervorrufen, gleichviel in welcher Form sie abgegeben wird: sie liegt in der stillschweigenden oder ausdrücklichen confessio.

Weil aber die in jure cessio wirklicher, wenn auch nicht blosser Process ist, so muss sie mit einem praetorischen Urtheile, der addictio, enden. Zwar Schultze[48]), welcher die eigenthümliche, aber nicht richtige Ansicht hat, dass die legis actio ein der Rechtskraft fähiges Parteiurtheil ist, hält auch für die in jure cessio das blosse zufolge confessio einseitig gebliebene und daher rechtskräftige Parteiurtheil des Vindicanten ganz folgerecht für genügend, sieht also die addictio für eine spätere, zufolge des veränderten Processsystems entstandene Zuthat an, weshalb wir sie auch bei Gajus II, 24 fänden. Allein Schultze verkennt nicht bloss im Allgemeinen den Gang des Sacramentsprocesses, hier in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht, verkennt, dass die addictio das ordentliche Endurtheil des Sacramentsprocesses in rem überhaupt ist, sondern insbesondere auch den oben angegebenen Sinn der Processform der in jure cessio. Weshalb heisst sie denn in j u r e cessio, weswegen ist sie gerichtlich? Gab es eine aussergerichtliche vindicatio, was zweifellos ist, warum sollte nicht auch das aussergerichtliche Parteiurtheil rechtskräftig sein, wenn es unangefochten blieb? Erst seine Anfechtung eröffnete den gerichtlichen Rechtsweg. War die in jure cessio aber von Anfang an, wie es der Name besagt, der in solchen Fällen stets ein richtiger Wegweiser in das Dunkel der Entstehungsgeschichte ist, ein gerichtlicher Act, so sollte eben der Praetor an ihr betheiligt werden, und war sie wirklicher Process, wofür Schultze selbst eintritt, so konnte dem Praetor nicht die Rolle eines Zuschauers oder stummen Mitspielers zufallen, so musste er den Process durch ein Urtheil entscheiden. Ist aber dieses in classischer Zeit die addictio,

[48]) a. a. O. S. 458 ff.

so wird sie es von Anfang an gewesen sein; denn ihr hohes Alter ist durch die XII Tafeln bezeugt.

Neben der in jure cessio blieb auch die traditio, das per aes et libram gestum ausserhalb des jus, in Uebung; man wird sich mit dem letzteren begnügt haben, wenn minderwerthige Sachen, namentlich die gewöhnlichen Verkehrs- und Verbrauchsartikel, also im Ganzen res nec mancipi veräussert werden sollten. In wiefern aber, so fragen wir jetzt, bot gerade die Oeffentlichkeit der in jure cessio dem Käufer die Garantie, dass er bestes Eigenthum erwerbe? Die in jure cessio ist ein ziemlich patriarchalisches Institut; sie fällt noch in die Ackerbauperiode Roms und ist daher nur auf einfache Lebensverhältnisse zugeschnitten. Es gab in alter Zeit nur wenige — es sind vierzig — Tage für die Jurisdiction im Jahre, und an diesen strömte das Landvolk zur Stadt und fand sich hier mit den Städtern auf dem forum zusammen; waren es doch zugleich die Markttage,[49]) an denen der allgemeine, wenn auch geringe Güteraustausch stattfand. Nahm also an einem dieser Tage ein Bürger eine in jure cessio vor, so geschah dies gewissermassen unter den Augen des ganzen Volkes, wenigstens im Beisein aller Hausväter, und es war daher jedem Gelegenheit gegeben, die in jure cessio einer Sache, auf welche er ein Recht zu haben meinte, und welche offen vor dem Praetor lag, so dass sie Jeder sehen oder besichtigen konnte, dadurch zu vereiteln, dass er der vindicatio des Erwerbers mit seiner contravindicatio entgegentrat. Der Erwerber, der noch kein Recht an der Sache hatte, musste in einem solchen Falle jedenfalls zurücktreten, und der Cedent mochte, wenn er dem Dritten, dem Contravindicanten gegenüber ein besseres Recht zu haben vermeinte, sich mit ihm in einen Rechtsstreit dadurch einlassen, dass er seinerseits wieder contravindicirte. Verlor er diesen, so konnte aus der geplanten in jure cessio nichts werden, und der Cessionar war vor dem Erwerbe eines schlechten, unsicheren Eigenthumes bewahrt geblieben; gewann er ihn, so konnte immer noch die in jure cessio vor sich gehen, wenn alsdann

---

[49]) Vgl. etwa Varro l. l. V, 145: quo conferrent suas controversias et quae vendere vellent quo ferrent, forum appellarunt; ferner Varro r. r. II praef. Macrob. I, 16, 34. Dionys VII, 58.

nicht wieder ein Eigenthumsprätendent auftrat. Auf diese Weise ward es ermöglicht, dass der Erwerber sicher war, vom Cedenten das beste Eigenthum zu erwerben. Denn auch die in jure cessio schafft an sich nur relatives Eigenthum und ist daher nur insofern gegen Dritte wirksam, als diese schlechter berechtigt sind, als der Cedent; das bessere Recht Dritter aber lässt sie unberührt, vermag sie nicht aufzuheben; denn nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet, und auch die praetorische addictio schafft nur formelles Recht inter partes.[50]) Die in jure cessio wirkt also nur dann bestes Eigenthum, wenn es der Cedent hatte, geradeso wie die traditio; aber dafür, dass dieser es hatte, spricht eben der öffentlich unangefochten vorgenommene Act, während es bei der traditio immer ungewiss blieb, wenn nicht sonst aus den Umständen Sicherheit zu erlangen war. Als nun aber später mit dem Steigen des Verkehrs und Aufblühen des Handels, mit dem Beginne des grossstädtischen Lebens die Zahl der Gerichtstage sich mehrte und in gleichem Masse die Theilnahme an denselben Seitens der Bürger zurückging, als die Gerichtstage nicht mehr zugleich die Versammlungstage des ganzen populus waren und sein konnten, verlor natürlich die in jure cessio ihren Vorzug, um dessentwillen sie ins Leben gerufen war, und so sank sie denn zu derselben Bedeutung hinunter, welche von jeher die aussergerichtliche traditio gehabt hatte. Man stand wieder vor der Frage: wie ist der Erwerber gegen den Erwerb eines unsicheren, schlechten Eigenthumes zu schützen? Die in jure cessio hatte eine Zeit lang ihren Beruf erfüllt; nun trat sie zurück, um einem geeigneteren Rechtsgeschäfte Platz zu machen. Dies war die mancipatio. Dieselbe entwickelte sich nicht aus der in jure cessio, wie Manche annehmen, war keine Tochter derselben, sondern eine jüngere Schwester; sie ging, wie auch die in jure cessio, aus der traditio in der Gestalt des per aes et libram gestum hervor, welche, wie gesagt, ja immer noch neben der in jure cessio in Uebung blieb. Es war nämlich zunächst wohl für das nexum als Darlehnsgeschäft[51]) Sitte geworden, demselben eine lex dicta hinzuzufügen; diese Sitte übertrug man auch

---

[50]) Schultze a. a. O. S. 461, 462.

[51]) s. unten § 15.

auf das nexum als Kaufgeschäft über Sachen; es ist dies die Nuncupationsbefugniss, welche die XII Tafeln mit den Worten: cum nexum faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ausdrücklich und allgemein für das nexum bestätigten. Die lex dicta, welche man an unser nexum, d. h. an die traditio anreihte, stellen die Worte der Mancipationsformel dar: eaque (sc. res) mihi empta esto: sie enthielt die sog. Garantieclausel.[52]) Damit hatte man nun ein Geschäft des reellen Baarkaufes gewonnen, welches zwar nicht, wie die in jure cessio ihrer ursprünglichen Idee nach, dem Erwerber den Erwerb des besten Eigenthumes gewährleistete, weil die mancipatio, wie überhaupt das nexum, ein privater Act war, welches aber zum Ersatz dafür die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für den Fall der Eviction begründete. So liefern uns also die Institute der traditio, in jure cessio und mancipatio die Vor- und Entwickelungsgeschichte der Gewährleistungspflicht des Verkäufers, die ich hier nur in grossen Zügen entwerfen konnte.

Wie die alte traditio, so war auch die in jure cessio und mancipatio sowohl auf res mancipi wie res nec mancipi anwendbar, wiewohl die in jure cessio namentlich mit Rücksicht auf erstere eingeführt worden war. Denn die in jure cessio war ein Eigenthumsprocess, und ein solcher kann natürlich auch über res nec mancipi geführt werden.[53]) Für die mancipatio aber, welche die meisten Neueren, verleitet durch den Namen, auf die res mancipi einschränken, ergiebt sich die Unrichtigkeit dessen nicht nur aus dem Vergleiche mit der in jure cessio und der alten traditio, welche ja eben die mancipatio immer noch war: ein nexum, nur mit hinzugefügter lex dicta, sondern auch aus directen Quellenzeugnissen;[54]) sie empfahl sich besonders dann, wenn die Sache eine werthvolle Inconsumptibilie war, auch noch im späteren Rechte, welches bereits die formlose traditio des jus gentium recipirt hatte. Natürlich, waren doch die beiden Eigenthumsveräusserungsgeschäfte, in jure cessio und mancipatio, die einzigen (unter Lebenden), welche vor der Aufnahme der traditio,

[52]) So richtig Schultze a. a. O. S. 463 ff. im Gegensatz zu Bechmann.

[53]) Voigt XII Tafeln II § 83.

[54]) s. die bekannten Belege bei Voigt XII Tafeln II § 84 N. 7.

des jus gentium das römische Recht überhaupt kannte; vor dem jus gentium gab es nur ein jus civile, und diesem war eine formlose traditio fremd. Erst das jus gentium brachte die letztere zugleich mit dem neuen Eigenthum der possessio, für welche ebenfalls im alten jus civile und überhaupt im jus civile kein Raum ist. —

Die possessio, welche wir daher im römischen Rechte neben dem dominium wiederfinden, war ursprünglich das Peregrineneigenthum, die possessio des späteren positiven römischen jus gentium. Die Rechtsverhältnisse der Peregrinen in Rom waren ursprünglich im Principe schutzlos, nicht als Rechtsverhältnisse anerkannt. Nun kommen aber hiervon zwei Ausnahmen vor. Es sind zwei Arten von Nichtbürgern, hostes,[55]) zu unterscheiden: einmal die Bürger einer rechtlich selbstständigen ausländischen Gemeinde, hostes in einer späteren und

---

[55]) Da über die m. E. bestehende Verwandtschaft des Wortes hostis mit den ähnlich lautenden Wörtern hostia, hostimentum und hostire in der doppelten Bedeutung von ferire und aequare noch Zweifel herrschen, so sei mir hier ein Lösungsversuch gestattet. Nach Curtius (s. Mommsen Röm. Forsch. I S. 326 N. 1) ist hostis von der Wurzel ghas, edere, abgeleitet und bedeutet nicht eigentlich Gastfreund, sondern Fremdling, peregrinus im Allgemeinen; so Cicero de off. I, 12, 37 und Festus s. v. hostis. Dass hostis nach Varro l. l. 5, 3 der peregrinus qui suis legibus utitur, also nur der heimatberechtigte Ausländer ist, ist, wenn eine richtige, so doch eine spätere Einschränkung der ursprünglichen Bedeutung; denn für den heimatlosen Fremdling, den Apoliden, hat die lateinische Sprache keine eigene Bezeichnung; er ist also auch peregrinus oder nach älterem Sprachgebrauche hostis. Vom römischen Standpunkte aus ist Jemand hostis oder peregrinus entweder zufolge Geburt oder zufolge Ausscheidung, insbesondere Ausstossung aus der römischen Bürgergemeinde. Von der letzteren Bedeutung von hostis lassen sich nun die Bedeutungen der obengenannten Wörter erklären, und gelingt diese Erklärung, dann ist ihre Verwandtschaft mit hostis, ihre Zugehörigkeit zur Wurzel ghas anzunehmen. — Die römische Bürgergemeinde war ebenso wie ein politischer Verband eine sacrale Gemeinschaft zugleich, der Ausschluss aus ihr zugleich eine politische und sacrale Delictsstrafe, eine Strafe für den Bruch des Götterfriedens und der Göttergemeinschaft, in welcher der einzelne Bürger in und mit der ganzen Gemeinde stand. Der gegen die Gottheit Frevelnde war grundsätzlich dieser selbst verfallen: dies war der Grundgedanke des sacralen Delictsrechtes. Er durfte an den Gemeindeopfern nicht theilnehmen, er war aus der sacralen Gemeinschaft und daher aus der Gemeinschaft der Bürger überhaupt ausgeschlossen, er war durch sein Delict der Gemeinde gegenüber ein hostis ge-

engeren Bedeutung, und sodann die Heimathlosen, apolides

---

worden. Weil er aber selbst den Göttern verfallen war, so musste er sein Delict auch mit seinem eigenen Kopfe büssen und so die von seinem Delicte befleckte Gemeinde sühnen. Nun ist aber zu unterscheiden zwischen solchen Delictsfällen, in denen das Delict auf andere Weise, als durch den Tod des Thäters, sühnbar ist, in denen der Thäter selbst expiabel ist, und solchen, in denen der Schuldige nicht gereinigt werden kann. Betrachten wir zunächst den ersten Fall! Die expiatio geschieht durch ein Thieropfer, piaculum; blutige Opfer vertreten aber überhaupt die Stelle eines Menschenopfers; darnach wird auch hier das Thier an Stelle des Thäters, des hostis, selbst geopfert. Nun aber wissen wir, dass hostia gleichwie victima das Opferthier bedeutet, nur dass zwischen beiden ein Artunterschied besteht; daraus hat sich die Bedeutung von Thieropfer selbst entwickelt. Sehen wir so den inneren Zusammenhang zwischen hostis und hostia, so wird auch die äussere Zusammengehörigkeit beider Wörter klar. Das Opferthier heisst hostia, weil es selbst als hostis gilt, weil es Zwecks Opferung und Sühnung dem hostis substituirt wird. Aus diesem Gesichtspunkte lassen sich die beiden Bedeutungen von hostire vereinigen. In seiner Grundbedeutung würde es opfern, genauer ein blutiges, d. h. Sühnopfer darbringen heissen: daraus ergiebt sich, wenn man den bloss äusseren Vorgang der Opferung ins Auge fasst, die Bedeutung von ferire (sc. securi und dergl.), tödten, schlachten; wenn man aber die innere Bedeutung und den Zweck des Opfers in Betracht zieht, der Begriff des Sühnens, der Vergeltung, des Aufwägens. Denn dieser Sinn liegt in dem Worte aequare, sofern er zur Erklärung des hostire verwandt wird, z. B. von Festus p. 270 und 314 (Müller): hostire ponebatur pro aequare, womit die Erklärung von hostimentum durch aequamentum, z. B. bei Nonius p. 2 und Placidus p. 436 parallel geht. S. diese und andere Stellen bei Voigt jus natur. Beilage XI § III. (Bd. IV S. 45 ff). Nichts Anderes als aequare bedeuten auch die anderen Umschreibungen von hostire, z. B. aequa reddere bei Nonius p. 2 und par pari referre in Gloss. Isid. p. 668, womit Plaut. Asin. I, 3, 20: par pari datum hostimentum est übereinstimmt; auch geht dies aus Paul. Diac. p. 102: hostimentum beneficii pensatio hervor. Die Idee der Ausgleichung und Vergeltung zeigt sich auch in der Vorsetzung der verstärkenden Vorsilbe re (redhostire bei Festus p. 270 und Nonius p. 113), oder in der Hinzufügung von contra (hostire contra bei Plaut. Asin. II, 2, 109). Es ist erklärlich, dass die ursprüngliche engere Bedeutung von hostire als sühnen, ein Delict vergelten oder ausgleichen, zu der Bedeutung von ausgleichen überhaupt, par pari referre, verallgemeinert worden ist, wie die obigen Belege lehren, und so kann im einzelnen Falle hostire eine prägnantere Bedeutung haben, so von gratiam referre bei Festus p. 270, oder von: ein Gegengewicht bieten, zügeln bei Pacuvius (ibid.): ferociam hostire = coercere protervitatem, oder von conprimere, recedere bei Nonius p. 83. Alle diese Erklärungen und Anwendungen von hostire lassen demnach erkennen, dass hostire = aequare nicht auf die Rechtsgleichheit des durch Staats-

später genannt, welche keiner Gemeinde angehören.[56]) Erstere finden auf Grund ihres Gastrechtes in Rom Schutz für ihre Person und ihre dortigen Rechtsverhältnisse, und zwar gewiss auf Grund des Gemeindegastrechtes, welches die Anerkennung des Heimathsrechtes in Rom, nach dem Principe der Persona-

vertrag geschützten Fremdlings mit dem civis Romanus bezogen werden kann, wie Mommsen a. a. O. S. 328 N. 3 und Voigt a. a. O. wollen. Die wichtigste Stelle aber für die ursprüngliche Bedeutung von hostire ist Servius ad Verg. Aen. II. 156: hostia vero victima est, dicta quod dii per illam hostientur, id est aequi et propitii reddantur, unde hostimentum aequationem. Nach Allem aber bringen die Alten hostia und hostire ganz richtig etymologisch mit hostis zusammen, wenn sie freilich dabei auch nicht die ursprüngliche vermittelnde Bedeutung von hostia richtig getroffen haben (s. Nonius p. 2, Ovid fast. I. 333, Festus p. 314 und Placidus l. c.) und noch weniger die ursprüngliche Bedeutung von hostis kannten. — Ist übrigens das sacrale Delict der Art, dass der Thäter nicht expiabilis ist, so wird er entweder mit dem Tode bestraft (deo necari) oder für sacer, vogelfrei, erklärt (execratio capitis). Im letzteren Falle lag in der execratio selbst die Entsühnung des populus wohl noch nicht; wenigstens lässt sich das Opfer der Argeer so auffassen, dass die Binsenpuppen, welche in den Tiber geworfen wurden, die Execrirten selbst darstellten, insofern diese in eine Binsenmatte gehüllt und mit einem Binsenseile umgürtet wurden (Voigt XII Tafeln I § 51 N. 17). Andrerseits musste aber auch dann, wenn ein Todesurtheil vollstreckt war, der populus selbst wieder durch ein Thieropfer gesühnt werden (Marquardt Röm. Staatsverw. III S. 258 N. 7); dieses Opfer war also auch ein hostimentum, und das Opferthier vertrat die Stelle des ganzen populus. — Mit der Entsühnung, sei es des populus, sei es des expiablen Missethäters, kehrt dieser in die sacrale Gemeinschaft mit den heimischen Göttern wieder zurück, bürgert sich gleichsam bei ihnen wieder ein, und so kann es geschehen, dass redhostire die Bedeutung von redire erhält: Nonius p. 113. Ist also der Frevler nicht expiabel, so wird er selbst getödtet oder der Tödtung jedes Einzelnen preisgegeben, ohne dass an seiner Statt eine hostia geopfert werden kann, so dass er selbst die hostia, ein hostius ist, und so wird sich vielleicht der Name des angeblich ersten Elternmörders L. Hostius (Plutarch Romul. 22) erklären lassen (sacer esto!), ähnlich wie der Name des angeblich ersten Freigelassenen Vindicius (nach Livius II, 5, 10; Pompon. in L. 2 § 24 D. 1, 2). — Hiernach hat hostis die allgemeine Bedeutung des Fremdlings, d. h. des nicht zur sacralen Gemeinschaft eines bestimmten Staatswesens Gehörigen, und die engere des aus dieser Gemeinschaft ipso jure Ausgestossenen. Von hostis in dieser engeren Bedeutung ist alsdann hostia und hostire abgeleitet.

[56]) S. hierzu und zum Folgenden Mommsen: über das röm. Gastrecht und die röm. Clientel in Röm. Forsch. I S. 319 ff. (auch in Sybels histor. Zeitschr. I. S. 332 ff.).

lität der Rechte, in sich schliesst;[57]) aber auch das Privatgastrecht muss den Peregrinen in irgend einer Weise einen ähnlichen Schutz gewährleistet haben. Aus dem Gemeindegastrecht erklärt nun Mommsen S. 351 die Entstehung des positiven jus gentium, und es muss zugegeben werden, dass auch in ihm die Wurzeln des jus gentium liegen. Mehr aber noch führte m. E. die Entwicklung der Clientel zu der Schaffung eines besonderen römischen Peregrinenrechtes. Die Clientel, das Schutzverhältniss, in welchem ein Heimathloser zu einem Römer, dem Patron, steht, wird begründet theils durch Freilassung eines Sklaven nach ältestem Rechte, theils durch applicatio, d. i. Ergebung eines Fremden, z. B. eines ausländischen exul, in die Schutzherrschaft eines Römers, theils — als publicistische Clientel — durch deditio einer fremden Gemeinde, wenn über sie nicht die Sklaverei verhängt wird. Die Clientel über Freigelassene nahm einen anderen Character an, seitdem die Freilassung zum römischen Bürgerrecht führte, die Freigelassenen selbst als Plebejer in die römische civitas gelangten; sie bleibt also hier ausser Spiele. Was aber die Clientel über Fremde betrifft, so kam man mit diesem Systeme solange aus, als nur einzelne Peregrinen in Rom angesessen waren; es kann schon als eine Lockerung des Systems gelten, dass der König sich zu dem Patrone solcher Peregrinen machte, welche sich nicht einem Bürger applicirt hatten, wie denn überhaupt der König als berufener Patron der unterworfenen Peregrinen, denen die Freiheit belassen ward, angesehen wurde, eine Auffassung, auf welche die Könige selbst hingearbeitet haben werden, da ein solcher Patronat ihnen politisch wichtig werden konnte.[58]) Mit der steigenden Zahl aber der Peregrinen auf römischem Gebiete, welche nicht suis legibus utebantur oder das commercium genossen, genügte das Clientelsystem nicht mehr; das röm. Recht musste sich zu einem selbständigen Peregrinenrechte, zu einem unvermittelten Rechtsschutze der peregrinischen Rechtsverhält-

[57])Peregrinus qui suis legibus utitur; Varro l. l. 5, 3. Uebrigens konnte der Gastvertrag auch gegenseitiges commercium mit recuperatio gewähren.

[58]) Der spätere Patronat römischer Feldherrn über Gemeinden ist wohl nur eine Auszeichnung, unserem Ehrenbürgerrecht vergleichbar, da diese Gemeinden nach eigenem Rechte, bez. nach dem jus Latii lebten.

nisse emporarbeiten. Diese Entwickelung vollzog sich hier, wie gewöhnlich, allmählich und gleichsam unversehens. Galt ursprünglich der König als der kraft seines Amtes berufene Patron der Peregrinen, so überkamen mit der Abschaffung des Königthumes diese Stellung die Consuln, später der Praetor als der Jurisdictionsmagistrat, und aus diesem magistratischen Schutzrechte heraus bildete sich ganz natürlich ein eigenes magistratisches Rechtssystem, ein Amtsrecht für die Peregrinen, dessen Träger später der eigens dazu eingesetzte praetor peregrinus war, und welches als ein neues römisches Rechtssystem neben das jus civile trat. Dieses war das römische jus gentium; in seinem Kreise dürften die ältesten possessorischen Interdicte, das uti possidetis für Grundstücke, das utrubi für Mobilien, entstanden sein.[59])

Gleichviel aber, aus welchen Anfängen das jus gentium hervorgegangen ist, so war dasselbe ursprünglich dasjenige Recht, welches den Verkehr der Peregrinen in Rom unter sich wie mit römischen Bürgern regelte; der Rechtsverkehr dagegen zwischen römischen Bürgern selbst unterstand der Herrschaft des jus civile, und es ist erst ein späterer Sieg, welchen das jus gentium über das jus civile davontrug, dass es ein allgemeines, ein allen Freien einschliesslich der römischen Bürger gemeinsames, anationales Recht ward[60]).

Das Eigenthum nun nach jus gentium war die alte possessio, welche auch das älteste römische Eigenthum, nämlich nach jus publicum, war; es war Besitzeigenthum,

---

[59]) Diese schon öfters ausgesprochene Vermuthung halte ich für richtig. Dass der Ausgang der possessorischen Interdicte im Bereiche der possessio am ager publicus zu suchen sei, was nach Niebuhr u. A. auch Voigt: über die staatsrechtliche possessio § 3 N. 32 annimmt, glaube ich nicht, da das interdictum utrubi sonst unerklärt bliebe, überdies die Interdicte verhältnissmässig jung, die genannte possessio uralt ist. Das zuständige Rechtsmittel für die letztere war, wie überhaupt für die possessio in der Zeit des Geschlechterstaates, die rei vindicatio; s. oben S. 130. Erst als die possessio am ager publicus sich der possessio des jus gentium näherte, wurden auch auf die erstere die possessorischen Interdicte durch die edicirenden Magistrate übertragen. — Zur obigen Entwicklung des jus gentium vgl. noch Voigt jus natur. II § 78.

[60]) Voigt jus naturale II § 84 a. E.

possessio, und die Römer nannten es auch so; daneben ward es als ein in bonis esse bezeichnet[61]), wie denn bona überhaupt das Vermögen nach praetorischem Rechte im Gegensatz zum civilen patrimonium, zur civilen familia, hereditas und dergl. heisst. Die allgemeine originäre Erwerbsart der possessio war die formlose occupatio, die allgemeine derivative die formlose traditio, wie dies ja auch die ältesten Eigenthumserwerbsarten des römischen Rechtes, wenn auch nicht des jus civile, gewesen sein mögen. Für das jus gentium war daher die Unterscheidung zwischen res mancipi und nec mancipi, welche ich überhaupt für eine spätere halte, ebenso belanglos wie für das jus civile; die Peregrinen erwarben an beiden die possessio derivativ nur durch die traditio[62]), geradeso, wie die Römer das dominium an beiden nur durch in jure cessio oder mancipatio (nexum) erwerben konnten. Wie nun, wenn der Römer von einem Peregrinen eine Sache mittels blosser traditio erwarb? Kam sie in sein civiles dominium, oder aber hatte er an ihr auch nur die possessio des jus gentium? Konnte die nichtcivile traditio doch die Kraft haben, civiles Eigenthum zu erzeugen? Richtiger, konnte die formlöse occupatio auf Grund der traditio diese Wirkung haben? Es ist schwer, diese Frage zu beantworten. Man kann sagen, dass das jus gentium nur ein Verkehrsrecht war, dass nur der Abschluss von Rechtsgeschäften sich nach ihm bestimmte, nicht aber ihre Wirkung, die Rechtszuständigkeit, das erworbene Recht selbst, so dass sich jedesmal die Zuständigkeit des erworbenen Rechtes für die Römer dem jus civile, für den Peregrinen seinem Heimathsrechte, bez. dem jus gentium unterordnete. Damit stimmt überein, dass der des commercium theilhaftige Peregrine aus der civilen in jure cessio oder mancipatio doch nicht das civile Eigenthum erwarb, sondern, vom römischen Standpunkte aus, das Eigenthum des jus gentium[63]). Darnach würde der Römer aus der traditio des jus gentium allemal das quiritische Eigenthum erwerben. Dies änderte sich nun

---

[61]) Die etwaige Nuance im Begriff lasse ich hier ununtersucht.

[62]) soweit sie nicht des commercium theilhaftig waren; denn sonst konnten sie sich auch der civilrechtlichen Rechtsgeschäfte bedienen.

[63]) Voigt jus naturale II § 19 a. E.

aber, als das jus gentium die Schranke, welche ihm von Anfang an gesetzt war, nämlich ein internationales Verkehrsrecht zu sein, das als solches auf den römisch-nationalen Rechtsverkehr, der ausschliesslich der Herrschaft des jus civile unterstand, unanwendbar war, niederwarf, als es auch den Rechtsverkehr der Römer unter sich in seinen Wirkungs- und Geltungskreis zog, so dass es sich dem jus civile als ebenbürtiges Recht zur Seite stellte[64]). Damit ward der Römer vollständig zugleich eine persona nach jus gentium, auf Grund seiner libertas, welche die Römer als die Voraussetzung der Rechtsfähigkeit nach jus gentium ansehen, und es war natürlich dass der Römer, sofern er sich unter das jus gentium stellte, auch in Ansehung der erworbenen Rechte nach ihm beurtheilt ward. Darnach erwarb er aus der traditio des jus gentium folgerecht auch nur das Eigenthum des jus gentium, die possessio. Wie aber auch die Entwicklung gewesen sein mag, feststeht, dass das Ergebniss derselben das war, dass die Eigenthumserwerbsgeschäfte des jus gentium, occupatio und traditio, für den Römer, im nationalen wie im internationalen Verkehr, eine verschiedene Wirkung äusserten, jenachdem die also veräusserten Sachen res mancipi oder res nec mancipi waren. An letzteren erwarb der Römer sofort das quiritische Eigenthum, so dass sich hier traditio und in jure cessio bez. mancipatio in ihren Wirkungen ganz gleichstanden; an den res mancipi dagegen erwarb er durch traditio nur die possessio, und es bedurfte erst der usucapio, um auch sie in das quiritische Eigenthum zu erhalten, so dass also für die res mancipi die civilrechtlichen Rechtsgeschäfte die einzigen waren, welche sofort das quiritische Eigenthum zu übertragen im Stande waren. Aus dieser Zeit stammt auch erst der Name res (nec) mancipi; er bedeutet eben, nicht, dass die res mancipi die allein mancipirbaren Sachen waren, sondern dass sie mittels mancipatio (natürlich auch in jure cessio), d. h. mittels der civilrechtlichen Rechtsgeschäfte erworben werden mussten, wenn der Erwerber an ihnen sofort quiritisches Eigenthum erlangen wollte[64a]), andernfalls erwarb er nur die possessio,

[64]) Voigt a. a. O. § 86.

[64a]) Der ursprüngliche Name dürfte nicht res mancipi, sondern res nexi gewesen sein; letzterer Ausdruck war der weitere, insofern er sich auch

während das quiritische Eigenthum bei dem veräussernden Römer zurückblieb. Dies ist wenigstens das classische Recht.

So hatte also das jus gentium dadurch, dass es ein dem jus civile coordinirtes Rechtssystem wurde, die possessio zu einem Eigenthume erhoben, dessen auch die Römer fähig waren. Dieser neue Eigenthumsbegriff wirkte aber auf den des jus civile zurück, indem es ihm einen anderen Character gab: das dominium machte sich von seiner concreten Grundlage, dem körperlichen Besitze, frei und streifte ferner den relativen Character ab, so dass uns jetzt im dominium das abstracte und absolute Eigenthum entgegentritt. Verlor vorher der dominus durch die traditio von res nec mancipi wie res mancipi, im nationalen wie internationalen Verkehre, mit dem Besitze auch das Besitzeigenthum, sein dominium, so behielt er jetzt wenigstens an den res mancipi trotz der Besitzübertragung mittels traditio doch das quiritische Eigenthum zurück, und entzog ihm vorher die einseitige occupatio von res nec mancipi wie von res mancipi Seitens eines Andern sein dominium, so blieb es jetzt für beide Arten von Sachen bestehen; in beiden Fällen ein dominium ohne Besitz, dort freilich nur ein sog. nudum jus, hier ein rechtlich wirksames jus. Somit ist der Eigenthumsbegriff des dominium vom Besitze unabhängig; Besitzeigenthum ist jetzt die possessio, das Eigenthum des jus gentium.

Diese Veränderung im Eigenthumsbegriffe des jus civile muss sich nun auch im Eigenthumsprocesse wiederspiegeln. Freilich der Legisactionsprocess blieb von dieser Wandlung unberührt; aber neben denselben war ungefähr mit der Entstehung des jus gentium der Formularprocess getreten[65]), und

---

auf die in jure cessio bezog, welche gleich der mancipatio eine Art des nexum war, es müsste denn sein, dass mancipium in dieser Verbindung nicht soviel wie mancipatio ist, auch nicht das durch mancipatio zu erwerbende Eigenthum bezeichnet, sondern das civile Eigenthum schlechthin. Jedenfalls können die res mancipi auch in jure cedirt werden mit der Wirkung der mancipatio. S. die Belege bei Voigt XII Tafeln I § 22 N. 7 und § 36 N. 4.

[65]) Voigt jus naturale II § 83.

dieser setzt unzweifelhaft den neuen Eigenthumsbegriff voraus. Wir werden daher nicht irregehen, die lex Aebutia, welche ihn einführte, mit der obigen Entwicklung des civilen Eigenthumsbegriffes in Zusammenhang zu bringen und ihre Entstehung auf den Einfluss des jus gentium auf das römische Civilrecht zurückzuführen. Dass aber der Eigenthumsprocess im Formularverfahren dem neuen Eigenthumsbegriffe angepasst ist, ergiebt sich aus folgender Vergleichung mit dem dinglichen Legisactionenprocesse. Während im letzteren der Vindicant, d. i. der Nichtbesitzer, den Besitz der Sache ergreifen muss, um Eigenthum (Besitzeigenthum) behaupten zu können, fällt dieser Act im Formularprocesse weg, weil Eigenthum auch ohne Besitz bestehen und daher auch behauptet werden kann. Der Beklagte, das ist immer der Besitzer, bleibt also im Formularprocesse unbestrittener Besitzer. Insofern entfällt also für ihn die Nothwendigkeit zu contravindiciren, als er sich nicht erst wieder in den verlorenen Besitz der Sache zu setzen braucht. Im Uebrigen aber ist seine Vertheidigung eine den neuen Verhältnissen entsprechend modificirte Contravindication, wenigstens der Sache nach. Denn indem er des Klägers Eigenthum leugnet, stützt er sich auf seine eigene possessio und will in dieser geschützt sein, geradeso wie der Contravindicant im Legisactionenprocesse in seinem dominium bestätigt sein will. Da aber die possessio das Eigenthum nach jus gentium ist, so stellt auch im Formularprocesse der Beklagte dem Kläger Eigenthum entgegen, und zwar auch Besitzeigenthum, aber nicht Eigenthum ex jure Quir., sondern ex jure gentium. Erinnern wir uns aber, dass vor der Entstehung des jus gentium der Besitz zugleich Besitzeigenthum und zwar dominium ex jure Quir. war, und dass erst das jus gentium einen Besitz zeitigte, welcher nicht zugleich dominium zu sein brauchte, so werden wir gewahr, dass die possessio, welche für den Beklagten im Formularprocesse die Grundlage seiner Vertheidigung ist, das dominium war, welches er im Legisactionenprocesse für sich in Anspruch nahm. In beiden Prozessarten bezog sich der Beklagte auf Eigenthum, und es ist im Grunde nur ein Unterschied im Namen, dass er im Legisactionenprocesse dominium, im Formularprocesse possessio behauptete. So lässt es sich sagen, dass in dieser Beziehung

die contravindicatio sich auch im Formularprocesse erhalten hat, wenn man nämlich darunter die Eigenthumsbehauptung und die damit gegebene Bestreitung des klägerischen Eigenthumes versteht. Denn wie im Formularprocesse keine eigentliche vindicatio, d. h. Besitzergreifung der Sache, mehr stattfindet, so auch keine eigentliche contravindicatio mehr. Aber wie auch im Formularprocesse der Kläger Vindicant genannt wird, weil er Eigenthum, und zwar quiritisches, in Anspruch nimmt, so kann auch der Beklagte Contravindicant heissen, weil er Eigenthum, dieser aber nach jus gentium, behauptet[66]). — Dementsprechend ist auch die Beweispflicht im Formularprocesse geändert. Der Beklagte ist nicht beweispflichtig, weil er sich auf seine unbestrittene possessio stützt und der possessor potior habetur als jeder Andere: eine compossessio plurium in solidum findet nicht mehr statt. Beweispflichtig ist nur der Kläger: er hat sein dominium ex jure Quir. darzuthun. Es genügt aber nicht der Beweis, dass er ein besseres Recht auf die Sache, d. h. auf ihren Besitz hat, als der Beklagte; ja dieser Beweis ist nach Lage der Sache unmöglich. Denn der Beklagte stützt sich lediglich auf die Thatsache seines Besitzes; welches Recht er auf den Besitz hat, welcher Art, von welcher Güte seine (relative) possessio ist, bleibt völlig dahingestellt. Will also der Kläger im Eigenthumsprocesse siegen, so hat er nöthig, zu beweisen, dass er das denkbar beste Recht auf die Sache hat, welches jedes andere Recht auf die Sache ausschliesst, d. h. er muss absolutes Eigenthum haben. So gewinnt das dominium den Character des absoluten Eigenthumes. Das Ergebniss dieser ganzen Entwicklung ist demnach: das dominium ex jure Quir. ist absolutes und vom Besitze abstrahirtes Eigenthum; die possessio, das Eigenthum nach jus gentium, ist relatives Besitzeigenthum. Den relativen Charakter behielt die possessio stets; aber im späteren Rechte erhob sich auch die possessio zu einem von der Thatsache des Besitzes, dem corpus possessionis, unabhängigen Rechte, auf welches streng genommen

---

[66]) Es ist das sog. duplex dominium; Gajus II, 40. I, 54.

der Name possessio nun nicht mehr passt: die possessio justa im Gegensatze zur injusta.

§ 10.

Die vindicatio im Allgemeinen und insbesondere die aussergerichtliche vindicatio.

Nachdem ich im § 9 dargestellt habe, wie sich aus der alten, vorservianischen, den nachmaligen Patriciern wie Plebejern und auch den übrigen Peregrinen materiell gemeinsamen possessio das dominium ex jure Quir. (mancipium) des neuen servianischen Staates entwickelte, und zu dem Ergebniss gelangt bin, dass der Begriff dieses dominium sich während der Herrschaft des Legisactionssystems mit dem der alten possessio völlig deckte, wonach es einmal Besitzeigenthum und sodann, was sich im Eigenthumsprocesse offenbarte, ein relatives Eigenthum war, auch daran die Untersuchung geknüpft habe, welchem Umstande die spätere Wiederentstehung der possessio neben dem dominium zuzuschreiben ist, komme ich nunmehr auf die vindicatio zurück, wie sie sich nach jus civile in der Processform der legis actio gestaltete. Wie der Begriff des Eigenthumes im Gebiete des jus civile trotz des veränderten Namens derselbe, wie vorher, geblieben war, so hatte sich auch die innere Bedeutung und äussere Gestaltung der vindicatio, wie ich sie oben kurz berührt habe, nicht verändert. Sie hatte also den Zweck, wie früher die possessio, so jetzt das dominium erst zu begründen, und da dieses Besitzeigenthum ist, im dominium zugleich den Besitz herzustellen. Insofern der Besitz mit der Sache selbst gegeben ist, ist die vindicatio ein sachverfolgendes Rechtsmittel desjenigen, welcher den Besitz und folgeweise auch das dominium nicht hat. Diesem ihrem Grundgedanken nach geht sie unmittelbar gegen die Sache selbst und erst mittelbar gegen eine bestimmte Person, nämlich gegen den gegenwärtigen Besitzeigenthümer. Die sachverfolgende Natur der vindicatio, welche eine eingehendere Untersuchung erfordert, ist nun auch auf die Ausgestaltung des ganzen Vindicationsverfahrens von Einfluss gewesen, und so will ich zunächst den Verlauf desselben von seinem Anfange an bis zu seiner Entwicklung zum Rechtsstreite näher ins Auge fassen.

Die vindicatio ist eine Rechtsverfolgung in der Form einer legis actio: was bedeutet zunächst legis actio? Ihrem Namen nach[1]) ist sie eine Handlung, ein Rechtsact, nach Massgabe der lex, des Gesetzes oder des von Alters her Gesetzten, also ein solennerRechtsact, dessenFörmlichkeiten fest vorgeschrieben sind. Dies ist die eigentliche Bedeutung von legis actio, welche namentlich durch die Gajanischen Institutionen uns fast ganz unerkannt geblieben ist: ein solenner Rechtsact. Gajus nämlich zählt fünf legis actiones auf: lege autem agebatur modis quinque (IV, 12). Diese modi lege agendi fasst er aber zunächst nicht als solenne Rechtsacte schlechthin, auch nicht als einzelne Processacte, sondern als fünf verschiedene Processarten auf, so dass jeder legis actio ein besonderes, eigenthümliches Processverfahren entspräche, welches nach dem jedesmal characteristischen Stücke verschieden benannt sei. Insbesondere sei die legis actio sacr. eine generelle Processform gewesen, in welcher grundsätzlich alle möglichen Ansprüche hätten geltend gemacht werden können, während die übrigen modi lege agendi nur für gewisse Ansprüche aufgestellt worden seien. Dies ist auch im Ganzen die heutige Auffassung. Ich gebe zu, dass dieselbe vom Standpunkte des classischen und auch vorclassischen Rechtes in der Hauptsache richtig ist; ich muss ihr aber entschieden widersprechen, wenn sie das ursprüngliche Wesen der legis actiones zu treffen meint. Wir können das ganze Legisactionensystem erst richtig erkennen und verstehen, wenn wir davon ausgehen, dass die legis actiones ursprünglich lediglich Rechtsacte gewesen sind. Und zwar ist die legis actio an sich kein Processact, wenn wir unter Process die gerichtliche Rechtsverfolgung verstehen. Gewisse legis actiones, so die legis actio sacr. und per jud. arb. post., sind allerdings nothwendig Processacte, die andern drei, per man. inj., per pig. cap. und per cond. dagegen können Processacte sein, müssen es aber nicht. Sie können auch aussergerichtlich vorgenommen werden, was Gajus IV, 29 allerdings nur als eine Besonderheit

---

[1]) welcher vielleicht erst später, nachdem der Legisactionsprocess aufgehört hatte, das ordentliche gerichtliche Verfahren zu sein, entstanden ist; s. Lotmar krit. Stud. S. 20.

der pig. cap. hinstellt. Auch die aussergerichtliche Rechtsverfolgung kann, ja muss unter Umständen in der Form der legis actio vor sich gehen. Sie braucht keine legis actio zu sein, wenn der Rechtsverfolgende sein Recht ohne Weiteres verwirklichen kann, wenn also z. B. der Vindicationsberechtigte die Sache besitzlos findet, oder wenn sie ihm der gegenwärtige Besitzeigenthümer gutwillig herausgiebt, wenn der Schuldner auf blosse Aufforderung hin seine Schuld bezahlt. Ist dies aber nicht der Fall, stösst der Rechtsverfolgende auf Widerspruch oder Widerstand, so muss er, wenn er anders seinen Rechtsanspruch wirksam durchführen will, schon jetzt zur legis actio greifen, schon jetzt einen solennen Rechtsact vornehmen: die ausserichtliche legis actio ist, wir werden sehen, in welchem Sinne, die unerlässliche Vorbedingung für die gerichtliche, für den Process. Darnach ist die legis actio ein solenner Rechtsverfolgungsact, gleichviel ob dieser ein gerichtlicher oder ein aussergerichtlicher ist. Und zwar ist sie ein einseitiger Act des Rechtsverfolgenden; die Rechtsverfolgung kann aber angriffs- und vertheidigungsweise geschehen, beidemal wiederum gerichtlich wie aussergerichtlich, und daher können sich zwei Legisactionen gegenüber stehen. Jede Partei, der (spätere) Kläger und der (spätere) Beklagte, lege agirt ihrerseits; so nimmt sowohl der Vindicant, als auch der Contravindicant je eine inhaltlich und äusserlich gleiche legis actio vor. Es ist eine Erweiterung der eigentlichen Bedeutung des Ausdruckes, wenn beide Acte zusammen als legis actio, als eine legis actio bezeichnet werden. Aber die aussergerichtliche legis actio ist nicht nothwendig rechtsverfolgend, steht nicht nothwendig zum Processe in Beziehung. Die legis actio kann auch ein rechtsgeschäftlicher Act sein, wie man ja auch die gerichtliche und processuale legis actio, nämlich die in jure cessio, zu rechtsgeschäftlichen Zwecken verwandte. So ist das private per aes et libram gestum, das nexum, ein solenner Rechtsact und als solcher eine legis actio[2]), und zwar, weil das Rechtsgeschäft ein zweiseitiges ist, eine doppelte legis actio. Alles dies wird sich im Laufe der folgenden Erörterungen

---

[2]) Nämlich per man. inj.; s. unten § 15.

bestätigen; ich will hier nur noch hinzufügen, dass es nicht nur die genannten fünf legis actiones gegeben hat, wenn sie auch die wichtigsten waren, dass diese aber grösstentheils als Processacte Acte eines und desselben Processverfahrens, nämlich des Sacramentsprocesses, waren.

Giebt es also eine aussergerichtliche und eine gerichtliche legis actio zum Zwecke der Rechtsverfolgung, so gilt dies namentlich für die vindicatio. Dass das römische Recht eine aussergerichtliche vindicatio neben der gerichtlichen kennt, ist gewiss; dass aber auch die erstere eine legis actio, schon an sich wahrscheinlich, sei, wird z. B. von Voigt[3]) bestritten. Doch nimmt auch er eine, von der legis actio wenig verschiedene, „traditionelle Redewendung" an, wofür er sich auf Stellen stützt, welche unverkennbar auf die legis actio hindeuten; denn natürlich die solenne Formel dürfen wir da nicht erwarten, wo es auf sie nicht ankommt, also bei geschichtlichen Darstellungen berühmter Processe (Livius III, 44,6), und ganz und gar nicht bei Dichtern. Freilich wenn wir an die legis actio der processualen vindicatio (Gajus IV, 16) denken, oder richtiger, wenn wir hier Alles, was der Vindicant sagt, als zur legis actio der vindicatio gehörig betrachten, dann könnte uns der Glaube an die legis-actio-Natur der aussergerichtlichen vindicatio schwinden; denn so umfangreich war die Formel der letzteren gewiss nicht. In Wahrheit aber beschränkt sich jede vindicatio, also auch die gerichtliche, auf die Worte: hunc ego hominem ex jure Quir. meum esse ajo und auf den gleichzeitigen Act der adprehensio rei; was im Processe darüber hinaus der Vindicant sagt und thut, ist nicht mehr vindicatio im eigentlichen und engeren Sinne, sondern ist ein anderer, neuer Act von anderer Bedeutung, und zwar von specifisch processualer Bedeutung, weshalb er der aussergerichtlichen vindicatio nothwendig fehlt. Dieser selbständige, zweite Act des Vindicanten in jure ist das festucam oder vindictam imponere, welches, gleichwie die adprehensio rei manu, von entsprechenden Worten begleitet wird. Die festuca ist das Symbol der Gewalt, wie Lotmar[4]) sagt, gleich der hasta; die Etymologie von vin-

[3]) XII Tafeln I § 53 N. 27 u. 28.
[4]) legis actio sacr. in rem S. 40 ff.

dicta spricht dafür. Ganz recht; auch die vindicatio an sich ist ein Gewaltact, ist die eigenmächtige Besitzergreifung der im fremden Besitz bislang gewesenen Sache; sie ist es noch, wie sie es früher zur Zeit der Herrschaft der rohen Gewalt, der auf sich allein angewiesenen Selbsthilfe war. Aber wie die vindicatio zu einem gerichtlichen Acte, zu einem unter dem Schutze der lex sich vollziehenden Acte geworden war, so hatte auch die festuca eine andere Bedeutung im Eigenthumsprocesse erhalten. Sie ist also ein Symbol der Gewalt ursprünglich gewesen, als der Vindicant nicht staatlichen Rechtsschutz seines Eigenthumes genoss, sondern es Mann gegen Mann, mit der hasta in der Hand, gegen seinen Angreifer vertheidigen und behaupten musste. Seit der Entstehung des Rechtsstaates aber ist sie Symbol des obrigkeitlich zu schützenden Eigenthumes (oder dinglichen Rechtes, also auch der libertas); sie tritt nur bei öffentlichen Eigenthumshandlungen auf, wie auch die hasta bei öffentlichen Verkäufen[5]); nur der Sprachgebrauch hat sich für die verschiedenen öffentlichen Eigenthumsacte der verschiedenen, sachlich dasselbe bedeutenden Wörter vindicta und hasta bemächtigt. Wie die hasta das Zeichen des justum bellum, so die vindicta das Zeichen des Eigenthumsprocesses[6]). Aber nicht bloss ein äusseres Zeichen, eine leere Ausschmückung der vindicatio ist diese vindicta, sie hat auch jetzt noch eine besondere und wichtige Bedeutung im Processe; wie sie früher auf die nöthigenfalls mit Waffengewalt durchzusetzende Selbsthilfe hindeutete, so weist sie jetzt auf die Hilfe des Praetors hin, wie sich nachher zeigen wird. Daher gehörte das Auflegen der festuca nur zur gerichtlichen vindicatio, einschliesslich der gerichtlichen contravindicatio, nicht zur aussergerichtlichen vindicatio. Und wie dieser Act, so sind natürlich auch die ihn begleitenden solennen Worte nur Zusätze zur Formel der gerichtlichen vindicatio, welche der For-

---

[5]) Jhering Geist I S. 113.

[6]) Nicht nothwendig des Eigenthumsrechtsstreites; daher die festuca ursprünglich gewiss auch bei der in jure cessio vorkam: dies gegen Demelius confessio S. 102 N. 1 und noch mehr gegen die daselbst Genannten. Dagegen fehlte sie wiederum bei der mancipatio, weil diese kein gerichtlicher Act war.

mel der aussergerichtlichen fehlen: der ganze Impositionsact ist eine eigene, und zwar nur gerichtliche, legis actio für sich.

Welche Worte gehören nun zu dem Impositionsacte? Habe ich die Vindicationsformel auf die Worte: hunc ego hominem ex jure Quir. meum esse ajo beschränkt, so müssen die nach Gajus IV, 16 folgenden Worte: secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui die Formel der impositio festucae sein, vorausgesetzt, dass die von Gajus überlieferte Formel sowohl richtig, als auch ursprünglich ist. Beide Voraussetzungen halte ich für zutreffend[7]), die angegebenen Worte also in der That für die Impositionsformel. Drei Fragen legt sie uns aber zur Beantwortung vor: Wer wird mit: ecce tibi angeredet? Was bedeuten die Worte secundum suam causam, oder, was auf dasselbe hinausläuft, warum gehören sie zur Impositions- und nicht zur Vindicationsformel? Wozu dient der ganze Impositionsact?

Wen redet der Vindicant mit ecce tibi an? Es ist zweifellos, dass dem Vindicationsobjecte, und nicht etwa dem Gegner die vindicta auferlegt wird; soll der Vindicant aber dieses persönlich anreden? Schwerlich; bei der vindicatio eines homo, welche Gajus als Beispiel nimmt, liesse es sich allenfalls denken, aber bei der einer leblosen Sache gewiss nicht. Meint er also mit dem tibi den Gegner, macht er diesen auf seine Imposition aufmerksam? Auch nicht; denn ein solcher ist vor der contravindicatio nicht da, was ich nachher weiter ausführen werde, zumal dann nicht, wenn gar nicht contravindicirt wird. Bleibt nur der Praetor übrig; an diesen wendet sich der Vindicant ausdrücklich mit seiner Imposition. Es muss seinen besonderen Grund haben, dass er nicht auf die vindicatio, sondern gerade auf die impositio die Aufmerksamkeit des Praetors in auffälliger Weise ziehen will. Ich habe schon angedeutet, dass die impositio auf den praetorischen Schutz der vindicatio zielt; die nähere Erklärung folgt besser nachher.

Was bedeuten die Worte secundum suam causam, und warum gehören sie zur Impositionsformel und nicht zur Vin-

---

[7]) Lotmar a. a. O. (N. 4) S. 116 ff. hält zwar die Worte: secundum suam causam für einen später entstandenen Formeltheil, sieht sich aber zu dieser Annahme nur durch seine besondere Auffassung der Bedeutung von causa veranlasst.

dicationsformel? Letzteres nimmt die herrschende Meinung an; aber m. E. gehen sie inhaltlich auf das Vorhergehende, nehmen dieses kurz auf, mithin gehören sie grammatisch zum Folgenden. Mit der sua causa ist das meum esse ex jure Quir. am Vindicationsobjecte ausgedrückt. Die causa desselben ist nämlich nicht ihr Erwerbsgrund, welcher vor der vindicatio liegt, wie Viele glauben, sondern höchstens derjenige Erwerbsgrund, welcher in der vindicatio selbst, d. h. in der adprehensio rei, in der Herstellung des Besitzeigenthums liegt; richtiger aber ist als die causa das durch die vindicatio begründete Eigenthum selbst anzusehen. Die causa der Sache ist ihre Beziehung zur Person, die hier als Eigenthümer auftritt; durch diese wird ihre rechtliche Lage, ihr rechtliches oder Rechtsverhältniss, causa[8]) bestimmt. Die rechtliche Lage der Sache kann zufällige, augenblickliche Herrenlosigkeit, kann nothwendige Herrenlosigkeit kraft ihrer Eigenschaft als res extra commercium, kann aber auch irgendwelche rechtliche Zugehörigkeit zu einer Person sein; sie ist in Bezug auf die vindicatio rei rechtliche Zugehörigkeit zum Vindicanten als dessen Eigenthumsobjectes. Secundum suam causam heisst also: gemäss ihrer Eigenschaft, ex jure Quir. mein zu sein, gemäss dieser soeben von mir in der vindicatio wörtlich behaupteten und körperlich hergestellten rechtlichen Lage. Weil ich Eigenthümer der Sache bin, so habe ich ihr hiermit die vindicta auferlegt. Nur so mit den folgenden Worten: sicut dixi . . . verbunden, gewinnen die Worte: secundum suam causam Sinn; es ist also vor ihnen, und nicht, wie es Huschke und Studemund in ihren Gajus-Ausgaben thun, hinter ihnen zu interpungiren[9]). Vindicatio und impositio vindictae sind also zwei äusserlich an einander gereihte selbstständige Acte, beide aus Wort und Werk bestehend, beide daher legis actiones, und Gajus hält bei ihrer Schilderung die Werke sehr anschaulich auseinander: in dem Augenblicke, wo der Vindicant zu sprechen anfängt, hält er zwar die Hand, nicht aber auch die vindicta auf die Sache gelegt; er hält letztere zwar schon in der Hand, aber er gebraucht sie erst, wenn das Stichwort kommt. Grund genug für uns, beide

[8]) So Lotmar (nach Unger) a. a. O. S. 110.

[9]) Dies hat Lotmar a. a. O. S. 127 ff. eingehend begründet.

Acte als selbständige trotz ihres äusseren Zusammenhanges aufzufassen; wir werden aber sehen, dass auch dieser ursprünglich nicht vorhanden, wenigstens nicht immer vorhanden war.

Was bedeutet der ganze Impositionsact? Die Frage ist nach der Art, wie Gajus IV, 16 den Vindicationsprocess darstellt, schwer zu beantworten; der ursprüngliche Sinn und Zweck des Impositionsactes lässt sich nur noch aus dem der vindicatio und contravindicatio folgenden Postulationsacte, aus der Frage des ersten Vindicanten: postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris und aus der Antwort des Contravindicanten: jus feci, sicut vindictam imposui ermitteln. Es gilt also zunächst, den Sinn dieses neuen processualen Vorganges zu erkennen. Da ist nun zu sagen, dass so, wie Gajus den Gang des Verfahrens schildert, der Postulationsact ganz zwecklos und unverständlich erscheint. Nachdem Gajus die vindicatio des ersten Vindicanten — er hätte besser gethan, auch hier, wie nachher, zu sagen: qui prior vindicabat, anstatt einfach: qui vindicabat[10]) — eingehend beschrieben hat, wendet er sich mit den kurzen Worten: adversarius eadem similiter dicebat et faciebat zur Contravindication. Darnach wiederholte der Contravindicant genau dieselbe legis actio, wie der erste Vindicant, nahm also wie dieser vindicatio i. e. S. und impositio vor. Auffallend könnte allerdings das similiter neben dem eadem erscheinen; allein das similiter braucht nicht einschränkend verstanden zu werden, sondern kann sehr gut auch heissen: in gleicher Weise[11]). Wir nehmen also an, dass zu Gajus Zeiten in der That die legis actiones der beiden Parteien sich vollständig deckten. Dann aber ist kein Grund ersichtlich, warum der erste Vindicant den Contravindicanten noch postulirt, ihm die causa seiner Vindication[12]) anzugeben; denn antwortet er: jus feci, sicut vindictam imposui, so weist er mit

---

[10]) Lotmar a. a. O. S. 22 ff. hat dies in etwas breiter Weise begründet.

[11]) Lotmar S. 65.

[12]) Nicht die causa der Sache, worauf die Vindicationsworte: secundum suam causem nach Obigem gehen; die causa in diesem Falle ist eine ganz andere, als die in der Frage: qua ex causa vindicaveris.

den Worten: jus feci auf seine vindicatio i. e. S., mit den übrigen Worten auf seine impositio hin, und beides hat sich bereits vor den Augen des ersten Vindicanten vollzogen. Die postulatio erscheint also ganz überflüssig, überflüssig unter der Voraussetzung, dass die contravindicatio der vindicatio ganz gleichlautete. Unter derselben Voraussetzung würde es sich auch fragen, warum nur der erste Vindicant, nicht auch der Contravindicant postulirt; Huschke, welcher in seiner Gajus-Ausgabe auch eine postulatio des letzteren annimmt, trotzdem seine Annahme mit dem Studemundschen Texte in Widerspruch steht, hätte also an sich so Unrecht nicht. Aber freilich ist Huschkes Emendation weder nöthig noch auch richtig; sie würde uns nur ein neues Räthsel bringen. Bleiben wir bei der postulatio des ersten Vindicanten stehen, so erscheint sie, wie gesagt, nur unter der Voraussetzung überflüssig, dass vindicatio und contravindicatio gleich lauten; damit ist uns aber der Weg zu ihrer Erklärung gewiesen. Mag auch jene Voraussetzung für Gajus Zeit zutreffend sein, in früherer Zeit war sie es nicht. Wir müssen also in dem Postulationsacte zu Gajus Zeit ein abgestorbenes Ueberbleibsel aus alter Zeit erblicken, welches damals seine gute Bedeutung hatte. Dies führt darauf, dass ursprünglich der Contravindicant nicht eadem dicebat et faciebat, wie der erste Vindicant, sondern ein Anderes oder ein Wenigeres, welches die Postulationsfrage nöthig machte. Worin bestand nun die contravindicatio? Wie es der Name besagt, gewiss in der vindicatio; unter dieser aber haben wir nur die vindicatio i. e. S., Eigenthumsbehauptung und Adprehensionsact, zu verstehen; damit war aber auch vorläufig die legis actio des Contravindicanten zu Ende. Die contravindicatio in diesem Sinne genügte, um der vindicatio des ersten Vindicanten zu widersprechen und die addictio der Sache an ihn zu hindern; nun mag dieser sich überlegen, ob er von seiner Rechtsverfolgung abstehen oder in den andernfalls unvermeidlichen Rechtsstreit eintreten und die zur Weiterführung desselben nöthigen Processacte vornehmen sollte. Der Contravindicant liess also seiner vindicatio nicht unmittelbar und aus eigener Initiative die impositio folgen, sondern wartete erst die etwaige Aufforderung dazu Seitens des Klägers ab. Dieser aber forderte ihn nicht unmittelbar dazu auf, sondern

mittelbar durch die Frage: qua ex causa vindicaveris, d. h. aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke er contravindicirt habe. Nun erst folgt der Impositionsact Seitens des Contravindicanten, welcher zwar nicht ganz gleichlautend mit dem des ersten Vindicanten gewesen sein mag, aber ihm doch in seinen Einzelheiten, nach Wort und Werk, entsprechen musste. Was zunächst die Formel betrifft, so beginnt sie nach Gajus mit den Worten jus feci; diese weisen auf eine vorhergehende Handlung, und diese kann nur die contravindicatio sein. Vergleichen wir damit die Impositionsformel des Klägers, so sehen wir, dass die Worte jus feci den Worten secundum suam causam der ersteren entsprechen, und wie diese bedeuten: auf Grund meines nicht bloss behaupteten, sondern auch körperlich hergestellten (Besitz-) Eigenthumes an der Sache, so dürften jene einen ähnlichen Sinn haben und demnach etwa heissen: ich habe mein subjectives Recht, jus, mein Eigenthum an der Sache hergestellt und geschaffen[13]), womit er zugleich auf Wort und Werk seiner vindicatio hinweist, nicht anders, als der Kläger mit den Worten secundum suam causam. Warum dieser Unterschied in den beiden Impositionsformeln? Vielleicht beruht er auf einer späteren Aenderung, die man eintreten liess, als man sogleich an die contravindicatio die impositio anschloss, dabei aber doch den Postulationsact beibehielt; denn nun musste die Antwort wenigstens äusserlich sich von der impositio abheben. Diesem Umstande ist es auch zuzuschreiben, dass die weitere Formel der Antwort kurzweg lautet: sicut vindictam imposui, während sie vermuthlich auch in diesem Theile der Impositionsformel des ersten Vindicanten ursprünglich glich. Sicut vindictam imposui kann nach jener Aenderung nur heissen: wie ich vorhin die vindicta aufgelegt habe, und darum mussten auch die Worte: ecce tibi, weil sie auf einen gleichzeitigen Act hinweisen, mit dieser Aenderung wegfallen. Ursprünglich aber hiess vindictam imposui: jetzt,

---

13) Eine andere Erklärung: ich habe Recht daran gethan, s. bei Lotmar a. a. O. S. 141 und Demelius confessio S. 70 N. 2. Huschke (in seiner Gajus-Ausgabe) hält an seiner Lesung: peregi statt: feci gegen die Handschrift fest. Allein jus facere in unserem Sinne kann auch der Private.

in diesem Augenblicke habe ich sie aufgelegt; das Perfectum imposui steht hier genau so, wie oben in der Formel des ersten Vindicanten. Dass aber auch der Contravindicant sich mit den Worten: ecce tibi an den Praetor wenden musste, wird aus der nachher zu besprechenden Bedeutung des ganzen Impositionsactes erhellen. Darnach werden wir aber zu dem sicut noch ein dixi zu ergänzen haben, welche Worte zu dem jus feci ebenso hinzutreten, wie oben zu dem secundum suam causam. Sonach lautete die Antwort ursprünglich: jus feci (?), sicut dixi; ecce tibi, vindictam imposui.

Wir gewinnen also von dem ursprünglichen Gange des dinglichen Sacramentsprocesses ein ganz anderes Bild, als uns Gajus entwirft. Wir haben gesehen, nicht bloss dass, sondern auch warum zu Gajus Zeit der ganze Postulationsact überflüssig und bedeutungslos ist. Dass er überhaupt noch bestand, ist bei der Thatsache, dass die Römer die Form nicht gern da zerbrachen, wo sie ihr den Inhalt nahmen, nicht verwunderlich; man scheute sich auch hier, einen ganzen Processact aus dem herkömmlichen Verfahren auszumerzen, musste ihn darum aber auch den neuen Verhältnissen entsprechend umformen, und nur diesem Umstande verdanken wir den Einblick in die Geschichte des Processganges.

Nun aber fragt es sich; warum fallen ursprünglich vindicatio und impositio des ersten Vindicanten zeitlich zusammen, des Contravindicanten aber zeitlich auseinander, und warum änderte man dies später? Die Erklärung liegt in der Bedeutung des Impositionsactes, welche wir erkennen einmal aus der Bedeutung der festuca und sodann aus dem Umstande, dass die Parteien sich mit der impositio ausdrücklich an den Praetor (ecce tibi) wenden. Es ist zu beachten, dass die festuca bei der vindicatio i. e. S. noch nicht in Function tritt, sondern erst bei der impositio, d. h. bei dem zweiten selbständigen Acte, welcher der vindicatio das eine Mal unmittelbar folgt, das andere Mal von ihr getrennt ist. Die festuca ist aber nicht das Symbol des Eigenthumes schlechthin und allein; sonst würde sie schon bei der vindicatio zur Anwendung gelangen müssen; sondern, wie ich oben sagte, das Symbol des vom Praetor zu schützenden dinglichen Rechtes, hier des Eigenthumes. Diese Bedeutung wird noch klarer, wenn wir er-

wägen, dass die impositio nicht sowohl im Hinblick auf den Gegner, sondern vornehmlich und in erster Linie im Hinblick auf den Praetor geschieht. Die impositio festucae war eine Aufforderung an den Praetor, das Eigenthum des Vindicanten zu schützen, es anzuerkennen und zu bestätigen, sie war m. a. W. der Antrag auf addictio[13a]). Dieser Antrag würde sonst ganz fehlen, und doch ist ohne ihn ein Process nicht möglich. Der Impositionsact stellt den Antrag, wenn auch in symbolischer Weise, dar; daher seine offenbare Richtung an den Praetor, daher seine Vornahme Seitens beider Parteien. Warum verbindet aber ursprünglich nur der erste Vindicant seine impositio mit der vindicatio? Ich will es dahingestellt sein lassen, ob dies wirklich ursprünglich, im Vindicationsprocesse ältester Zeit so war; es wäre immerhin denkbar, dass der erste Vindicant zunächst auch nur die vindicatio vorgenommen und dann gewartet hätte, bis sich ein Contravindicant etwa fand, um darnach, freilich nicht, wie Huschke etwa will, auf die postulatio desselben, sondern aus eigenem Antriebe zum Zwecke des Processbetriebes die impositio zu vollziehen und daran zu gleichem Zwecke seine postulatio zu knüpfen und so auch den Contravindicanten zur impositio zu veranlassen. Es wäre dies denkbar, aber es wäre auch nur eine blosse, der reellen Grundlage entbehrende Vermuthung, gegen welche im Gegentheil practische Erwägungen sprechen. Denn es war doch ungewiss, ob sich ein Contravindicant stellen würde; in jedem Falle aber musste der erste Vindicant doch den Addictionsantrag in seinem eigensten Interesse stellen, das eine Mal, wenn Jemand contravindicirte, um im Rechtsstreite zu siegen, das andere Mal, um für alle Zeiten sein Eigenthum gegen einen Angriff des Vorbesitzers zu schützen, was ich weiter unten ausführen werde[14]). Es empfahl sich

---

[13a]) Nach Demelius confessio S. 41 bittet der actor gar nicht um ein gerichtliches Urtheil; „er bittet überhaupt um gar Nichts, sondern handelt, bethätigt sein Recht!" Aber doch ist die addictio ein Urtheil, und dieses kann ohne Antrag nicht ergehen, weil der ganze Process unter dem Grundsatze des Parteibetriebes steht

[14]) Ich muss aber bemerken, dass im letzteren Falle die addictio nicht unbedingt nöthig war; der Vindicant konnte sich, trotz gestellten

daher für ihn, von Anfang an seinen Antrag auf addictio mit der vindicatio unmittelbar zu verbinden, um so von seiner Seite auf jeden Fall Alles für die praetorische addictio vorzubereiten, wann sie auch erfolgen mochte. Dasselbe lässt sich nun allerdings auch vom Contravindicanten sagen; auch für ihn war es rathsam, auf jeden Fall, ob nun der erste Vindicant den Rechtsstreit fallen lassen oder fortführen wollte, seinen Antrag auf addictio der vindicatio unmittelbar folgen zu lassen, und dies war auch der Grund, warum wir es zu Gajus Zeit also finden. Aber ich glaube nachgewiesen zu haben, dass dies erst auf einer Aenderung des Vindicationsverfahrens beruht, dass die postulatio des Vindicanten ursprünglich eine provocatio zur impositio Seitens des Contravindicanten war.

Nach diesen Erörterungen kehren wir wieder zur aussergerichtlichen vindicatio zurück. Sie haben den Zweck gehabt, zu beweisen, dass die vindicatio im eigentlichen Sinne nur den Adprehensionsact, das manum inicere rei, und die Eigenthumsbehauptung umfasste, dass insbesondere der Impositionsact ein selbständiger und lediglich processualer Act war. Daher war die aussergerichtliche vindicatio auch nur eine solche im eigentlichen Sinne, und wir haben nunmehr keinen Grund, daran zu zweifeln, dass auch sie eine legis actio war. Betrachten wir nun den Gang der aussergerichtlichen Eigenthumsverfolgung! Es war möglich, dass der bisherige Eigenthümer, welcher eben durch die vindicatio sein Eigenthum verloren hatte, sich ihr fügte, da er nun sah, dass es dem Vindicanten mit seiner Rechtsverfolgung Ernst war und er daher auch nöthigenfalls gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen würde. Fügte er sich, so hatte die aussergerichtliche vindicatio, und, wie ich sogleich hinzufügen will, auch die gerichtliche vindicatio, falls sie einseitig blieb, etwas von einem Urtheile an sich, und man könnte sie daher mit Schultze ein Parteiurtheil[15])

Antrages auf addictio, damit begnügen, sein Eigenthum unangefochten zu sehen, und darum auf addictio verzichten; nur setzte er sich alsdann der Gefahr einer späteren vindicatio Seitens des Vorbesitzers (Voreigenthümers) aus, da res judicata nicht vorlag. Auch dies werde ich später noch berühren.

[15]) s. oben § 9 S. 150 N. 48.

oder besser noch mit Bekker[16]) einen Parteispruch nennen. Aber freilich mehr wie einen Namen und noch dazu einen gefährlichen Namen haben wir damit nicht gewonnen; denn mit dem richterlichen Urtheile ist es in keiner Weise auf eine Stufe zu stellen, namentlich nicht in seiner Wirkung. Ich kann Schultze nicht zugeben, dass dem Parteispruche die Rechtskraft zukommt. Die in jure cessio beweist dies, wie ich schon oben betont habe, zur Genüge, weil sie mit der addictio, also einem praetorischen Urtheile endet. Daher hat auch der Parteispruch keine consumirende Wirkung. Zunächst wird das Recht zur Klagerhebung durch bloss aussergerichtliche legis actio nicht vernichtet; sie hat ja gerade den Zweck, die Sache vor den Praetor zu bringen, wenigstens wird durch sie die gerichtliche regelmässig vorbereitet. Die aussergerichtliche legis actio consumirt das Recht zur Klagerhebung auch dann nicht, wenn ihre Formel fehlerhaft gesagt war; der Act ist alsdann bloss nichtig, der Rechtsverfolgende hat nicht lege und also nihil agirt und kann daher die legis actio noch einmal vornehmen. Die consumirende Wirkung knüpft sich aber auch nicht an die gerichtliche legis actio, weder der einen, noch der andern Partei, auch hier gleichviel ob sie die Formel der legis actio fehlerfrei ausgesprochen haben oder nicht.[16a]) Bleibt der Process nach der legis actio des, sagen wir, Klägers liegen, oder bleibt er bei der legis actio des Beklagten stehen, so ist Nichts consumirt, jede Partei kann später von Neuem lege agere, bez. den Process wiederaufnehmen. M. E. hat Schultze ganz richtig die processuale Consumtion eine Urtheilsconsumtion genannt. Im Formularprocess knüpfte sie sich an die litis contestatio, richtiger an die Ertheilung der formula, d. h. des hypothetischen Urtheils des Praetors, oder aber, wenn der Praetor in der Lage war, selbst das Endurtheil zu fällen, sei es in Gestalt der denegatio actionis oder der condemnatio, an dieses. Im Formularprocess consumirt also stets das praetorische Urtheil. Anders ist es im Legisactionenprocess (sacramento). Hier ist zu unterscheiden, ob das Verfahren in judicio nöthig wird oder

---

16) Zeitschrift d. Savigny-Stift. Bd. 5 Rom. Abth. S. 138.

16a) Letzterenfalls ist erst noch die addictio an die Gegenpartei erforderlich, damit Klagenconsumtion eintritt.

nicht. Letzterenfalls ist es auch das praetorische Urtheil, addictio, welches allein die Klage consumirt. Wird aber das judicium thätig, so hat dessen sententia die consumirende Wirkung. Bezeichnet judicare die richterliche Thätigkeit des judicium, wie ich unten darthun werde, so liegt res judicata eben nur dann vor, wenn im Rechtsstreite die sententia judicii ergangen ist; der Ausdruck ist hier wieder der beste Wegweiser[17]). Wir sehen also, dass auch im Legisactionensystem die processuale Consumtion eine Urtheilsconsumtion ist, aber nicht in dem Sinne von Schultze, dass dem Parteiurtheil, sondern in dem Sinne, dass dem Urtheil, sei es des Praetors, sei es des judicium, die consumirende Kraft beiwohnt. Der Satz: de eadem re ne bis sit actio gilt nie vom Parteispruche, weder vom aussergerichtlichen, noch vom gerichtlichen, weder von dem der einen, noch dem der andern Partei. Bleibt ein solcher Parteispruch, ohne dass auf Grund desselben beim Praetor das Urtheil beantragt ist, dauernd unbestritten, und kommt die Gegenpartei diesem Spruche nach, so hat er thatsächlich das Ansehen eines rechtskräftigen Parteispruches, ist aber kein solcher. Es liegt für die Gegenpartei keine rechtliche Nothwendigkeit vor, ihn für immer unbestritten zu lassen; sie kann jederzeit[18]) ihrerseits lege agiren und nöthigenfalls eine gerichtliche Entscheidung beantragen: res judicata ist nicht vorhanden. Dies gilt auch für die einseitig gebliebene gerichtliche vindicatio. Der Vindicant hat solchenfalls die Wahl, ob er sich bei der augenblicklich factischen Wirkung seiner vindicatio, welche vielleicht immer bestehen bleibt, vielleicht aber auch nicht, beruhigen, oder ob er die addictio beantragen soll, um sich den Vortheil der rechtlichen Wirkung dieser zu sichern. Freilich, das muss ich hier wiederholen, schafft die addictio

---

[17]) Ganz deutlich knüpft Cic. pro dom. c. 22 § 78 die res judicata an das Judicat der Decemvirn im Sacramentsprocess. — Wenn nach dieser Stelle die res judicata im Freiheitsprocess zu Gunsten der civitas bez. libertas referri potest, so schreibt sich dies daher, dass immer nur zwischen zwei partes, dem Vindicanten in servitutem und dem vindex, judicirt worden ist, und dass daher immer noch ein anderer vindex (oder assertor) auftreten kann.

[18]) Aber natürlich innerhalb der Usucapionsfrist; denn die usucapio verschafft dem Ersitzer stets das absolute Eigenthum.

formelles Recht nur inter partes, sie gewährt also eine absolute Sicherheit des zugesprochenen Eigenthumes nicht; aber sie sichert doch kraft ihrer consumirenden Wirkung das vom Praetor bestätigte Eigenthum gegen einen Angriff des Voreigenthümers (Vorbesitzers). Dieser galt für den Praetor als pars, als Partei, mochte er in jure anwesend sein, aber nicht contravindiciren, oder mochte er auch gar nicht einmal in jure gegenwärtig sein. Die gerichtliche vindicatio war sachlich gegen ihn gerichtet, gründete sich auf sein Voreigenthum, hat in diesem seine causa sufficiens. Diese sachliche Richtung der vindicatio gegen die Person des Voreigenthümers, in welcher allein ihr Zweck liegt, musste der Praetor kennen; es wäre widersinnig, wenn er dem Antrage auf addictio stattgäbe, welchen ein Vindicant stellte, dessen Eigenthum bisher unangefochten bestanden hätte. Für den Antrag und daher für die gerichtliche vindicatio lag erst dann eine vernünftige Veranlassung vor, wenn der Vindicant bisher nicht Eigenthümer war, wenn er erst durch die vorhergehende aussergerichtliche vindicatio einem Andern das Eigenthum entzogen hatte. Diese Thatsache musste daher derjenige, welcher in jure vindiciren wollte, dem Praetor mittheilen, bevor er dazu verstattet wurde; das Voreigenthum eines Andern, welches dieser erst durch die aussergerichtliche vindicatio des Antragstellers verloren hatte, war die Voraussetzung für die Gewährung der actio Seitens des Praetors, andernfalls denegirte er sie. Der Praetor musste aber auch die Person des Voreigenthümers kennen; denn diesen würde er ja durch seine addictio kraft ihrer consumirenden Wirkung von der Möglichkeit der späteren Rechtsverfolgung gegen den jetzt Vindicirenden ausschliessen. Alles dies sind Processvoraussetzungen, deren Vorhandensein der Antragsteller vor dem Praetor zu behaupten und nicht nur zu behaupten, sondern auch zu beweisen hatte. Zum Beweise dienen ihm aber die fünf Zeugen, welche er auch schon zur aussergerichtlichen vindicatio zu diesem Zwecke zugezogen hatte; und diese müssen auch wiederum bei der gerichtlichen vindicatio bis zur praetorischen addictio zugegen sein, damit sie später eintretendenfalls dem Praetor bezeugen können, dass das Recht zur vindicatio des Voreigenthümers gegen den jetzt Vindicirenden zufolge der zu seinen Gunsten und gegen jenen ergangenen

addictio consumirt sei, so dass dann der Praetor actionem denegirte. Nach dem Gesagten nehme ich also an, in Uebereinstimmung mit vielen heutigen Schriftstellern, dass der solennen gerichtlichen legis actio unsolenne Vorverhandlungen vor dem Praetor vorhergingen, welche ihn von dem Zwecke der Klage, ihren Voraussetzungen und ihren materiellen Grundlagen unterrichteten; sie sind schlechterdings nothwendig[19]).

Vindicatio wie addictio ergingen in der Richtung auf die bestimmte Person des Voreigenthümers; die addictio schützte den Eigenthümer gegen eine etwaige spätere vindicatio des letzteren. Daher war es für den bloss Berechtigten, welcher nicht das Besitzeigenthum hatte, sich aber für besser berechtigt hielt, als der gegenwärtige Besitzeigenthümer, von Anfang an gerathen, aussergerichtlich zu vindiciren, um darnach gerichtlich die vindicatio zu wiederholen und die addictio zu beantragen, mochte auch der gegenwärtige Eigenthümer seiner aussergerichtlichen vindicatio nicht widersprechen, oder mochte er zwar aussergerichtlich contravindiciren, aber von der gerichtlichen Contravindication abstehen. Die Unterlassung des Addictionsantrages wäre ein Vertrauensact gegen den Voreigenthümer, den dieser vielleicht nicht verdiente. Und andrerseits musste auch dieser darauf gefasst sein, dass der Vindicant ihn durch Erlangung der addictio für alle Zeiten seines Rechtes zur vindicatio berauben würde, und sich daher wohl überlegen, ob er, wenn er Zweifel an dem besseren Rechte des Vindicanten hegte, aussergerichtlich und nachher in jure contravindiciren sollte. Damit habe ich aber bereits den Gang der aussergerichtlichen Rechtsverfolgung im Falle eines Widerspruches des Voreigenthümers gezeichnet. Es war zwar nicht durchaus nöthig, dass dieser Widerspruch auch in der solennen Form der (contra) vindicatio geschah; der blosse, formlose Widerspruch wird für den Vindicanten genügt haben, um ihn zur gerichtlichen vindicatio Zwecks addictio zu veranlassen, und in jure war dann für den Voreigenthümer auch Zeit genug,

---

[19]) Der Praetor musste z. B. auch wissen, ob die vindicatio Process oder Rechtsgeschäft (in jure cessio) sein sollte. Diese unsolenne Vorverhandlung hiess ebenso causae conjectio (quasi causae suae in breve coactio Gajus IV, 15), wie die kurze Darstellung des Processverlaufes in jure vor dem judicium, wenn hier nicht überhaupt eine Verwechslung vorliegt.

um solenn zu contravindiciren. Aber freilich zwang der bloss formlose Widerspruch des Voreigenthümers den Vindicanten zur Processanstellung nicht; wollte ihn ersterer dazu zwingen, so musste er schon aussergerichtlich contravindiciren. Denn nun standen sich Anspruch und Anspruch gegenüber, und wenn kein Theil zurücktreten wollte, war gerichtliche Entscheidung unumgänglich. Richtiger gesagt, standen sich Eigenthum und Eigenthum gegenüber, lag condominium duorum in solidum vor, und es war nöthig, dass gerichtlich festgestellt ward, welcher Theil das bessere jus und daher das bessere dominium hatte. Denn hatte der Vindicant durch seine vindicatio das Besitzeigenthum hergestellt, so hatte es auch der Contravindicant durch seine vindicatio gethan, und da ersterer Besitzeigenthümer bleiben musste, wollte er nach geschehener Contravindication sich nicht wieder zur vindicatio genöthigt sehen, so wird er noch während der vindicatio des Gegners seine Hand auf die Sache gelegt halten, so dass für die aussergerichtliche vindicatio auch in dieser Beziehung dasselbe gilt, was ich oben S. 133 von der gerichtlichen gesagt habe. An die Stelle des praetorischen Missionsbefehles musste allerdings etwas Anderes treten, und es ist denkbar, dass in diesem Falle der erste Vindicant an den Contravindicanten die Aufforderung ergehen liess, die Hand von der Sache loszulassen, damit er selbst sie, wenn beweglich, in jus mitnehmen könnte, wenn unbeweglich, der Praetor von beiden zum fundus geführt werde.

Ich habe im Vorhergehenden die Sache so dargestellt, dass die aussergerichtliche vindicatio die regelrechte Vorbedingung für die gerichtliche ist, und dass die aussergerichtliche contravindicatio die gerichtliche vindicatio nöthig macht. Warum das Letztere so ist, habe ich bereits ausgeführt; bezüglich des ersteren Satzes bin ich aber noch die Erklärung schuldig. Warum, so fragen wir, konnte der Rechtsverfolgende nicht unmittelbar zur gerichtlichen vindicatio greifen? Warum führt, vorausgesetzt dass der gegenwärtige Eigenthümer die Sache nicht gutwillig herausgiebt, der gerichtliche Weg nothwendig über die aussergerichtliche vindicatio? Die Beantwortung dieser Frage bringt uns dem Ausgangspunkte dieses Paragraphen wieder nahe, den ich darin gesetzt habe, dass die vindicatio ursprünglich

ein sachverfolgendes Rechtsmittel im wahren Sinne des Wortes war. Diese streng reipersecutorische Natur hat nun die vindicatio im Systeme der Legisactionen, da wir die legis actio als die älteste Form der Rechtsverfolgung anzusehen haben. Den Grund dafür hat Kuntze[20]) mit Recht in der Natur des dinglichen Rechtes selbst gesehen, zu dessen Erlangung sie nach meinen Ausführungen dient. „Nimmermehr, sagt er, kann ein auf die Sache gehendes Recht sich ohne Weiteres auf eine Person richten," und weiter: „Das Eigenthum als solches ist ein Verhältniss (der Person) zur Sache, nicht zur Person; als solches richtet es sich auch im Zwangsstadium nicht gegen die Person, sondern gegen die Sache." Das beweist uns denn auch der Inhalt der vindicatio selbst nach Wort und Werk. Der Vindicant tritt nicht an den gegenwärtigen Eigenthümer, wenn er lege agirt, mit einer Aufforderung heran, ihm die Sache herauszugeben, sondern er sucht die Sache selbst auf[21]), ergreift sie und erklärt sie als sein Eigenthum. Die Person des Voreigenthümers wird in diesen Act gar nicht hineingezogen, mag er aussergerichtlich oder gerichtlich vorgenommen werden[22]). Hieraus folgert Kuntze mit Recht, dass der im Sacramentsprocesse Unterliegende nicht zu einem Thun oder Leisten verurtheilt werden konnte; die vindicatio war dingliche Execution selbst, weil sie unmittelbar auf den Besitz der Sache ging, was Kuntze dann freilich mit der herrschenden Meinung verkennt, und daraus erklärt sich auch das praetorische Addictionsurtheil, mit dem nach meiner unten zu beweisenden Meinung regelmässig der Vindicationsprocess abschloss. Aber um diese Folgerung aus der sachverfolgenden Natur der vin-

---

20) Die obligatio und das jus extraordinarium S. 35 N. 2.

21) Kuntze a. a. O. S. 36 N. 4 bringt hiermit geschickt das furtum lance licioque quaesitum, conceptum und oblatum in Verbindung.

22) Dieser Gedanke liegt auch der von Stintzing Krit. Zeitschr. III. S. 349 ff. construirten Selbsthilfe zu Grunde; nur muss man den Selbsthilfeact in der vindicatio, d. h. der legis actio in rem selbst suchen. Auch Bekker Actionen I. S. 59 und S. 78 N. 3 nähert sich dieser Auffassung und bringt für sie in dem Verbote des tignum junctum vindicare einen guten Grund bei; er hätte auch das Verbot des dedicare litem in sacrum anführen können. Wir gehen nur einen Schritt weiter, wenn wir in der rei vindicatio selbst die auf die Sache gerichtete Execution erblicken.

dicatio handelt es sich für mich einstweilen noch nicht; was ich hier aus ihr schliessen will, ist, dass der vindicatio an sich und ursprünglich eine in jus vocatio im Sinne des späteren Rechtes fremd ist. Grundsätzlich hat es der Vindicant nur mit der Sache zu thun, richtet sich seine Rechtsverfolgung unmittelbar gegen diese und erst mittelbar gegen die Person des Besitzers. Letzterem wird nicht vom Vindicanten der Process gemacht, sondern jener hat selbst dafür zu sorgen, dass aus der vindicatio ein Process entsteht. Dem Vindicanten kann es gleichgültig sein, wie der bisherige Besitzer sich zu seiner aussergerichtlichen vindicatio verhält; er verfolgt sein vermeintliches Recht zunächst unbekümmert darum, ob jener ihm die ergriffene Sache gutwillig überlassen will, oder ob er sie auf dem Wege Rechtens vertheidigen will. Ja, er braucht gar nicht die Absicht zu haben, die vindicatio noch gerichtlich Zwecks addictio zu wiederholen, er kann sich mit dem etwaigen Erfolge seiner aussergerichtlichen vindicatio begnügen wollen; für ihn liegt also keine Veranlassung vor, den Vorbesitzer noch in jus zu vociren. Will der Vorbesitzer der vindicatio entgegentreten und die Sache vertheidigen, so ist dies seine eigene Sache. Der ganze Vindicationsprocess ist durchweg vom Principe des Parteibetriebes beherrscht, so zwar, dass jeder Einzelne seine Rechtsverfolgung betreibt. Die Gelegenheit zur defensio rei, d. h. zur contravindicatio, zur eigenen Rechtsverfolgung hat der Vorbesitzer jederzeit und ohne Zuthun des Vindicanten. Er kann schon aussergerichtlich vindiciren, und dies empfiehlt sich am meisten, weil er dadurch, wie ausgeführt, den Vindicanten zwingt, die Sache vor den Praetor zu bringen, falls dieser es nicht vorzieht, von seiner Rechtsverfolgung ganz abzustehen. Einer besonderen Aufforderung zur contravindicatio bedarf es natürlich nicht; sie liegt in der Vornahme der vindicatio selbst deutlich genug ausgesprochen. Weil aber die contravindicatio auf den Vindicanten den Zwang zum Betreten des Rechtsweges ausübt, so hat dieser nicht von Anfang an die Pflicht, die Sache gerichtlich anhängig zu machen und gleichzeitig den Vorbesitzer aufzufordern, ihm in das jus zu folgen, sondern umgekehrt, der Vorbesitzer muss von sich aus die Anhängigmachung des Processes betreiben und den Vindicanten in das jus rufen.

Soweit überhaupt von einer in jus vocatio der einen Partei gesprochen werden kann, ist der Ladende nicht der spätere Kläger, sondern der spätere Beklagte. Lediglich in dessen Interesse liegt die Processführung, und es liegt an ihm, sie in der gehörigen Weise zu veranlassen. Will aber der Vorbesitzer der vindicatio gar nicht oder doch jetzt nicht entgegentreten, so liegt kein Grund für eine in jus vocatio vor. Wozu soll er mit einer solchen belästigt werden, wozu sollte er sogar die Verpflichtung haben, in jus zu folgen? Mag der Vindicant mit der nunmehr ihm gehörigen Sache machen, was er wolle; der Vorbesitzer hat auf sie, wenn auch vielleicht nur vorläufig, verzichtet. Aber auch wenn der Vorbesitzer die aussergerichtliche contravindicatio unterlassen hat, so ist ihm die Möglichkeit, noch nachträglich rem defendere, nicht abgeschnitten, auch ohne dass es einer ausdrücklichen in jus vocatio Seitens des Vindicanten bedurfte; er hat nur auf das Verhalten des Vindicanten nach der vindicatio Acht zu geben. Er mag aufpassen, ob dieser die Sache mit sich nach Hause nimmt, oder sich sofort mit ihr in das jus begiebt. Im ersteren Falle begnügt sich der Vindicant mit der bloss factischen Wirkung seiner aussergerichtlichen vindicatio, ohne dass gegen den Vorbesitzer res judicata vorliegt. Daher ist dem letzteren die Möglichkeit, die Sache seinerseits einmal zu vindiciren, unbenommen; er kann damit bis auf einen für ihn günstigeren Zeitpunkt oder auf eine bessere Gelegenheit warten, bis er z. B. besseres Beweismaterial erlangt hat, bis er mehr Zeit für einen etwaigen Rechtsstreit hat, bis er sich die Sacramentssumme verschafft hat u. dgl. m. Vindicirt er später, so kann der ehemalige Vindicant seinerseits (contra) vindiciren, und es hat somit nur ein Wechsel der Parteirollen stattgefunden. Es wäre aber auch denkbar, dass der Vindicant die von ihm versäumte gerichtliche vindicatio nachholen will, um sich die Sache vom Praetor mit der Wirkung der res judicata gegen den Vorbesitzer addiciren zu lassen. Doch muss in diesem Falle der Vindicant dem Vorbesitzer sein Vorhaben mittels förmlicher denuntiatio auf einen bestimmten Tag[23]) mittheilen, damit

[23]) Dieselbe halte ich für eine legis actio, und zwar für eine legis actio per cond.; s. unten § 15.

ihm Gelegenheit zur contravindicatio gegeben werde, aus der Unterlassung derselben aber auf seine confessio zu schliessen wäre. Denn einer addictio, welche etwa auf eine gerichtliche vindicatio ergangen wäre, von welcher der Vorbesitzer der Sache keine Kenntniss gehabt hätte, würde keine Rechtskraft gegen denselben zukommen. Doch wird die addictio in solchem Falle nicht leicht möglich gewesen sein; zur denuntiatio wie zur vindicatio mussten fünf Zeugen zugezogen werden, und nur auf Grund des Zeugnisses derselben, dass die gerichtliche vindicatio der aussergerichtlichen unmittelbar auf dem Fusse gefolgt, andernfalls dem Vorbesitzer eine denuntiatio zugegangen sei, erliess der Praetor die addictio als Versäumnissurtheil. Im zweiten oben genannten Falle — wenn der Vindicant trotz unterlassener aussergerichtlicher contravindicatio Seitens des Vorbesitzers doch mit der Sache sich in das jus begab, offenbar um sich dieselbe addiciren zu lassen — mag der Vorbesitzer dem Vindicanten in jus nachgehen und sich alsdann schlüssig machen, ob er noch im letzten Augenblicke contravindiciren soll. Versäumte er dies, so erging die addictio, welche ihn für immer seines Vindicationsrechtes auf die addicirte Sache beraubte.

Hiernach bedurfte es in keinem Falle einer in jus vocatio des Vorbesitzers Seitens des Vindicanten; es war in jedem Falle seine eigene Sache, seine defensio rei zu betreiben, d. h. sowohl die aussergerichtliche als auch die gerichtliche contravindicatio anzustellen. Die sachverfolgende Natur der vindicatio älteren Stils schloss die in jus vocatio eines Beklagten ganz aus. Eine Spur dieses ursprünglichen Rechtszustandes ist uns noch in einer Rechtsregel des classischen Rechtes erhalten. Nach Ulpian in L. 156 pr. D. 50,17 lib. 70 ad edict. lautet sie: invitus nemo rem cogitur defendere. Diese Regel bringt man heute mit den possessorischen Interdicten quem fundum, quam hereditatem und quem usumfructum in Verbindung; mit Recht: denn Ulpian behandelt diese Interdicte im genannten Buche seines Edictswerkes[24]), und die dieselben behandelnden Stellen (s. bei Lenel) bestätigen es. Darnach

[24]) Lenel edict. perp. § 248.

braucht der mit einer dinglichen Klage Belangte, welcher nach classischem Rechte allerdings in jus vocirt wird, sich nicht auf diese einzulassen und sich der pecuniaria condemnatio auszusetzen, wenn er rem defendere nolit. Für diesen Fall hatte das prätorische Edict dem Kläger ein Interdict gegeben, auf Grund dessen er den Besitz der Sache erlangte (allerdings, wie es scheint, gegen eine Caution). Hierauf dürfte sich auch der Satz des Furius Anthianus in L. 80 D. 6,1 libro 1 ad edictum bezogen haben: in rem actionem pati non compellimur; denn der folgende Theil der Stelle ist aller Wahrscheinlichkeit nach ein Zusatz Tribonians[25]), der in ihr erwähnte besondere Fall der translatio possessionis[26]) also vielleicht ein nachclassischer, ja justinianischer; wenigstens wird er sonst nirgends erwähnt. Nun können aber die genannten Interdicte erst nach der Einführung des Formularprocesses und der durch sie bedingten Aenderung des Vindicationsrechtes entstanden sein; zur Zeit der Legisactionen setzte sich der Vindicant durch seine vindicatio selbst in den Besitz der Sache, und wenn der Vorbesitzer sie nicht vertheidigen, d. h. nicht contravindiciren wollte, so bedurfte es einer translatio possessionis durch Interdict nicht erst[27]). Dass er die Sache nicht defendiren wollte, ersah allenfalls der Vindicant schon ausserhalb des Gerichtes aus der Unterlassung der aussergerichtlichen contravindicatio und jedenfalls der Praetor daraus, dass er trotz seiner Kenntniss in jure gar nicht erschien, oder wenn er da war, nicht contravindicirte. Der Satz: in rem actionem pati non compellimur gewinnt also für diese Zeit eine ganz andere Bedeutung, als er sie im classischen Rechte hatte: der Vorbesitzer

---

[25]) Gradenwitz in d. Zeitschr. d. Savigny-Stift. Bd. 7 Rom. Abth. S. 82. Auch Bethmann-Hollweg Civilpr. II. § 106 N. 62 hat schon bemerkt, dass die Compilatoren die Beziehung auf das Interdict gestrichen haben.

[26]) Denn das Leugnen des Besitzes ist doch das Gegentheil von rem defendere nolle.

[27]) Auch P. Krüger Krit. Vers. S. 101 hat erkannt, dass obige Interdicte nur zu der einseitigen rei vindicatio passen, d h. zu der vindicatio in der Form der formula petitoria, nicht aber m. E. zu der actio per sponsionem, wenigstens in ihrer ursprünglichen Gestalt, weil diese den späteren Sacramentsprocess darstellt; s. unten § 14.

war für den Fall, dass er nicht defendiren wollte, einer gerichtlichen Klage gar nicht ausgesetzt, er wurde alsdann gar nicht weiter in der Sache behelligt, ward nicht in jus vocirt. Mag der Vindicant allein vor den Praetor gehen und sich von ihm die Sache addiciren lassen[28]). Das non defendere rem ist daher nicht nothwendig, wie man gewöhnlich annimmt, eine confessio in jure, sondern kann auch eine confessio extra jus sein; es ist Unterlassen der aussergerichtlichen oder gerichtlichen, also der contravindicatio überhaupt, mag letzterenfalls der Vorbesitzer in jure gegenwärtig sein oder nicht. Daher ist es auch, beiläufig bemerkt, unrichtig, wenn Voigt (s. N. 28) den Process im Falle der unterlassenen defensio auf eine in jure cessio auslaufen lässt: die confessio innerhalb der in jure cessio ist stets gerichtlich. Vor Allem aber ist es doch ein grosser Unterschied, ob die vindicatio, der gegenüber confitirt wird, Rechtsgeschäft oder Rechtsverfolgung ist; letzterenfalls kann nie von einer in jure cessio, d. h. einer (förmlichen) traditio die Rede sein. Die traditio und daher auch in jure cessio verschafft dem Empfänger abgeleitetes Eigenthum; der sein eigenes Recht Verfolgende wird nun und nimmer sein Recht vom Vorbesitzer ableiten, weil dieser seiner Rechtsverfolgung keinen Widerspruch entgegengesetzt hätte.

Wird aber Niemand in jus vocirt, so giebt es im alten Vindicationsprocesse, so lange er Process bleibt und nicht in einen Rechtsstreit übergeht, keinen Beklagten und folgeweise auch keinen Kläger im eigentlichen Sinne. Der Process als solcher, die einseitige legis actio des Vindicanten, spinnt sich in Gegenwart der fünf Zeugen lediglich zwischen Praetor und Vindicanten ab. Daher ist es für diesen Act ganz gleichgiltig, ob der Vorbesitzer in jure gegenwärtig ist oder nicht; der Vindicant nimmt seine vindicatio vor, unbekümmert darum, ob ihm ein Processgegner entstehen werde oder nicht. Er hat es zunächst nur mit der Sache zu thun, er richtet daher seine

---

[28]) Zur Zeit des Formularprocesses negirt das auch hier giltige Princip: invitus nemo rem cogitur defendere den Einlassungszwang allein (so richtig Keller Civilpr. N. 753, unrichtig Voigt XII Tafeln II § 80 N. 7.), nicht auch den Zwang, dem Ladenden in jus zu folgen.

vindicatio äusserlich auch nicht gegen einen bestimmten Beklagten, er legt daher einem solchen auch nicht, wie im Postulationsacte, eine Frage vor, nämlich nicht die Frage, ob er contravindiciren wolle. Die vindicatio hat dieselbe Wirkung, mag nun der Vorbesitzer in jure gegenwärtig sein, aber nicht in den Process eingreifen, oder mag er überhaupt nicht anwesend sein. Und dasselbe gilt auch für die aussergerichtliche vindicatio; auch sie setzt nicht Gegenwart des Besitzers voraus. Der Vindicant vindicirt eben die Sache, wo und wann er gerade ihrer habhaft werden kann; auch dies folgt aus der reipersecutorischen Natur der vindicatio. Die Möglichkeit, die vindicatio auch in Abwesenheit des derzeitigen Besitzers vorzunehmen, ist uns zwar nicht ausdrücklich bezeugt, wohl aber hebt sie Gajus IV, 29 als eine Besonderheit der legis actio per pig. cap. hervor. Wir werden aber unten[29]) sehen, dass diese eine besondere Art der vindicatio ist, und so bestätigt denn Gajus mittelbar für die vindicatio im Allgemeinen, was schon an sich aus ihrer Natur folgt. Freilich war auch in diesem Falle, wenn der Vindicant die addictio mit Rechtskraft gegen den Vorbesitzer beantragen wollte, dieselbe denuntiatio nothwendig, von der ich oben gesprochen habe. Diese denuntiatio kann man zwar auch als eine in jus vocatio auffassen, aber nicht in dem Sinne des späteren Rechts. Denn sie liess den Grundsatz, dass der Vorbesitzer selbst seine defensio betreiben musste, unberührt.

So hängt es denn ganz allein vom Vorbesitzer ab, ob er contravindiciren und damit in den Rechtsstreit eintreten, die Beklagtenrolle übernehmen will; einen Kläger und einen Beklagten giebt es erst, nachdem ein Contravindicant dem Vindicanten entgegengetreten ist[30]). Nunmehr stehen sich Kläger

---

[29]) S. unten § 15.

[30]) Die Rollenvertheilung im Vindicationsprocesse ergiebt sich darnach von selbst. Unrichtig ist nicht bloss die Meinung, welche die Rollenvertheilung in der Vindicienertheilung des Praetors sieht, sondern auch die andere, welche den Besitzer der Sache als den Beklagten hinstellt. Letztere ist deswegen falsch, weil Vindicant und Contravindicant Besitzer sind, der gegenwärtige Besitz also für die Rollenvertheilung nicht bestimmend sein

und Beklagter unmittelbar gegenüber; im Rechtsstreite hat es jede Partei nicht mehr, wie der erste Vindicant bei der einseitigen vindicatio, unmittelbar mit der Sache zu thun, sondern unmittelbar mit dem Processgegner. Während des Rechtsstreites tritt die Richtung der vindicatio und des ganzen Processes auf die Sache zurück; im Vordergrunde steht nunmehr der Kampf Mann gegen Mann, Recht gegen Recht. Bei der einseitigen vindicatio handelt es sich nur um die Thatsache des Besitzes. Der Rechtsstreit aber dreht sich um das dem Besitze beider Parteien zu Grunde liegende jus, um das relativ bessere jus. Erst mit der Entscheidung des Rechtstreites, mit dem judicium, utrius sacr. justum sit, tritt die vindicatio und die unmittelbare Richtung derselben auf die Sache selbst wieder hervor.

Weil in der gerichtlichen vindicatio die Beziehung zu einer bestimmten Person, gegen welche sie sachlich gerichtet ist, formell nicht zum Ausdrucke kommt, weil sie sich an keinen gegenwärtigen Processgegner wendet, ein solcher dem Vindicanten vielmehr erst durch eine contravindicatio erwächst, so kann auch jeder einzelne processfähige Bürger, welcher ein besseres Recht auf die Sache zu haben vermeint, als der Vindicant, gegen ihn auftreten; jeder zufällig in jure Anwesende kann sich zur contravindicatio veranlasst fühlen, wie ich dies schon oben bei Besprechung der in jure cessio bemerkt habe. Der Vindicant wirft mit seiner vindicatio allen Andern den Fehdehandschuh vor; wer ihn aufnimmt, ist der rechte Beklagte. Naturgemäss ist vor Allem der Vorbesitzer der Sache zur Contravindication berufen, wenn er nicht den Besitz und damit sein Eigenthum verloren haben will; in ihm sehen wir den nächsten Interessirten, von ihm erwarten wir zuallererst die Contravindication. Kehrt doch die vindicatio ihre Spitze ihm zunächst zu, erstreckt doch die addictio ihre Wirkung gegen ihn! Will er die Sache nicht defendiren, nun so kann

kann. Massgebend für dieselbe wäre höchstens der Vorbesitz; aber auch dies trifft nicht ganz zu, weil der Vorbesitzer nicht der Contravindicant zu sein braucht, es kann auch jeder beliebige Dritte contravindiciren. S. das Folgende.

er es auch nicht mit Erfolg, so hat er ein schlechteres oder gar kein jus auf die Sache, der Vindicant ein besseres, und das letztere bestätigt die addictio ihm gegenüber und setzt es für alle Zeiten ausser Zweifel. Nicht so allen Uebrigen gegenüber, denen der Vindicant seine vindicatio gelten lassen will. Zwar ergeht auch an sie die Aufforderung zur contravindicatio, falls sie sich besserberechtigt wähnen; aber die Nichtannahme der Herausforderung hat für sie keine Rechtsnachtheile, hat nicht die Ausschliessung ihres Vindicationsrechtes zur Folge. Der Vindicant reagirt nicht gegen sie, wie gegen den Vorbesitzer, sondern er fordert zur Reaction gegen sich selbst auf; er giebt ihnen Gelegenheit zur Rechtsverfolgung gegen sich, aber er vermag sie ihnen nicht aufzuzwingen. Sie mögen sich einen besseren Zeitpunkt für ihre Rechtsverfolgung wählen. Tritt aber ein Anderer als der Vorbesitzer mit der contravindicatio auf, so concentrirt sich zwar auf ihn der nun entstehende Rechtsstreit, nicht aber auch auf ihn allein der gegenwärtige Vindicationsprocess und die zu Gunsten des ersten Vindicanten ausfallende addictio. Die persönliche Richtung der vindicatio, die sie materiell gegen den Vorbesitzer nimmt, hat sie beibehalten und eine neue und zweite gegen die Person des Contravindicanten in sich aufgenommen, daher die addictio, in der einen Beziehung sich auf die mit Rechtsnachtheil verknüpfte Unterlassung der defensio rei, in der andern sich auf die sententia judicii gründend, das Vindicationsrecht Beider consumirt. Sie schafft formelles Recht inter partes, und zwar sind es hier drei partes: auf der einen Seite der Vindicant, auf der andern der Vorbesitzer einestheils und der Contravindicant anderntheils. Ja, es ist nicht ausgeschlossen, dass drei und mehr Parteien sich activ am Vindicationsprocesse betheiligen, indem die eine vindicirt und die übrigen gegen sie und zugleich gegeneinander contravindiciren[81]).

Soviel über die Aeusserungen der in erster Linie sachverfolgenden Natur der vindicatio nach ältestem Rechte. Diese Natur der vindicatio tritt im späteren Rechte äusserlich nicht mehr so streng und entschieden hervor, nämlich nicht mehr,

---

[81]) S. statt aller Belege Quintil. III, 10,2.

seitdem auch der dingliche Process mit der in jus vocatio eingeleitet ward, was bestimmt im Formularprocesse der Fall war, vielleicht auch schon in der letzten Periode des Legisactionsprocesses gemäss tab. I, 1 der XII. Tafeln[82]). Freilich rein und bloss sachverfolgend war auch die vindicatio ältester Gestalt nicht; denn ein persönliches Element enthielt auch sie in ihrer inneren Beziehung zur Person des Vorbesitzers, welche besonders in der addictio sich offenbart, insofern diese immer als ein rechtskräftiges Urtheil inter partes, zwischen zwei Betheiligten, dem Vindicant und dem Vorbesitzer, erscheint, mag auch letzterer am Processe gar nicht theilgenommen haben. Aus dieser gleichsam versteckten persönlichen Richtung der vindicatio gegen den Vorbesitzer erklärt sich auch die oben besprochene etwaige Denuntiationspflicht.

Fand nun aber auch eine in jus vocatio des Sachbesitzers mit der Wirkung der Folgepflicht bei der ältesten vindicatio nicht statt, so können wir doch in einem andern Sinne von einer gewissermassen mit Folgepflicht verbundenen Ladung bei dieser sprechen. Verlegte der Vindicant, sei es aus freien Stücken, sei es weil ihn eine aussergerichtliche contravindicatio dazu zwang, die vindicatio in das jus, so war hier die Gegenwart des Vindicationsobjectes erforderlich. War dasselbe unbeweglich, so ging es nicht anders, als dass der Praetor die Gerichtsstätte auf den fundus selbst verlegte; war es aber beweglich, so musste der Vindicant es vor den Praetor schaffen, und er allein hatte ja auch in Folge seiner aussergerichtlichen vindicatio, durch welche er sich in seinen Besitz gesetzt hatte, die Macht dazu: seine Pflicht, die Sache in das jus zu bringen, erklärt sich aus seinem Besitze; denn dass ihm dieser auch nicht durch eine etwaige aussergerichtliche contravindicatio entzogen wurde, habe ich oben erwähnt. Hiernach erscheint die aussergerichtliche vindicatio sozusagen als die in jus vocatio des Vindicationsobjectes, und deshalb war sie regelmässig die Vorbedingung der gerichtlichen vindicatio, des Processes. Denn die Wegschaffung der solenn vocirten, d. h. vindicirten Sache in das jus muss der Vorbesitzer unter allen

---

82) S. unten § 15.

Umständen dulden; die vindicatio ist das einzige Zwangsmittel, von dem wir wissen. Was geschah, wenn sich dennoch der Vorbesitzer der Fortschaffung widersetzte, lässt sich mit Sicherheit nicht sagen; möglich, dass obrigkeitliche Zwangsmassregeln gegen ihn auf Antrag des Vindicanten ergriffen wurden, möglich auch, dass der Vindicant das Recht zur legis actio per man. inj. auf den die Fortschaffung der vindicirten Sache gewaltsam verhindernden Besitzer selbst gehabt hätte; denn er deckt die Sache mit seiner eigenen Person und würde daher auch für sie einzutreten haben, woraus sich vielleicht auch das spätere Recht der tab. I der XII Tafeln erklären liesse, dass der ungehorsame in jus vocatus derselben legis actio per man. inj. verfällt. Wie dem aber auch sei, der obige Fall liegt gerade so, wie der zuletzt genannte: auch gegen den ungehorsamen in jus vocatus kennen wir als äusserstes Zwangsmittel nur die man. inj., und auch hier kann es an einem weiteren, wirksamen Mittel zur Fortschaffung des sich fortgesetzt Wehrenden nicht gefehlt haben.

Hiermit glaube ich die aussergerichtliche vindicatio genugsam erörtert zu haben; ich komme nunmehr, nachdem ich festgestellt habe, dass auch sie, wie die gerichtliche, eine legis actio ist, zu der Frage: welche der bekannten fünf legis actiones bezeichnet den Rechtsact der vindicatio? Ich antworte: die legis actio per man. inj. Da dieselbe bisher immer nur auf Personen beschränkt und nur als die Personalexecutionsklage angesehen worden ist, so bin ich eine genauere Begründung dieser Antwort schuldig. Weil nun bei der genannten legis actio der vindex eine Rolle spielt und überdies das Wort vindex mit dem Worte vindicatio verwandt ist, so werde ich meine Begründung damit beginnen, Bedeutung und Stellung des vindex nach allen Seiten hin zu untersuchen.

§ 11.

Das Wesen der legis actio per man. inj.

Sprachlich ist der vindex derjenige, qui vim dicit oder vindicit, wie judex derjenige, qui jus dicit. Zwar leitet Mommsen[1])

[1]) Röm. Gesch. 7. Aufl. Bd. I. S. 152, 153.

das Wort vindex von vim indicere, d. i. die Vergewaltigung seines Eigenthumes dem Könige anzeigen, ab; indessen die auch sonst zutreffende Parallele des jus dicere lässt die erstere Erklärung als die richtige erscheinen. Von vim dicere und jus dicere sind nun die zwei Verba vindicare und judicare abgeleitet, aber nicht unmittelbar; vielmehr setzt nach allgemeinem Sprachgesetze die Ableitung noch ein Mittelglied voraus, und dieses geben die Substantiva vindex und judex ab, ähnlich wie zwischen manucapere und mancipare das Bindeglied manceps steht[2]). Man hat nun jene beiden abgeleiteten Verba für gleichbedeutend mit den Stammverben angesehen; aber ich glaube, dass sich hier ein ähnlicher Bedeutungswechsel vollzogen hat, wie mit dem Verbum mancipare im Vergleich mit manucapere. Stellen wir zuvörderst den Wortsinn der Ausdrücke vim dicere und jus dicere fest! Nach dem Vorgange von O. Müller[3]) geht die gewöhnliche Annahme dahin, dass dicere in diesen alten Wendungen nicht die bekannte Bedeutung von sagen hat, sondern in der ältesten Bedeutung steht, auf welche die Stammverwandtschaft mit dem griechischen δειχνυμι hinführt, wonach vim dicere Gewalt zeigen, jus dicere Recht weisen bezeichnet. Allein so scheinbar dies ist, so kann ich doch diese Erklärung nicht für richtig halten. Was zunächst das vim dicere betrifft, so hat man[4]) darunter auch wohl ein: Gewalt, d. i. Selbsthilfe ansagen verstanden, was mir aber sprachlich nicht möglich zu sein scheint. Auch der Erklärung von Gellius XX, 10, 10 will ich gedenken: vim illam civilem et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret; er fasst die vis als vindicatio, das vim dicere als vindicare in dem Sinne auf, dass nicht wirkliche, thätliche Gewalt, sondern dass Gewalt nur den Worten nach geschieht, was insofern gewiss falsch ist, als in der manus injectio oder adprehensio auch wirklich physische Gewalt angewendet wird, vis, quae manu fit. Was aber allen diesen Erklärungen des vim dicere entgegensteht, ist der Umstand, dass die vis nicht auf Seiten

---

[2]) s. oben § 8 S. 114, 115.

[3]) Rhein. Mus. f. Jurisprud. Bd. 5, S. 191.

[4]) z. B. Voigt XII. Tafeln Bd. I § 58 N. 25.

desjenigen, welcher vim dicit, also des vindex, sondern auf der Gegenseite zu denken ist, eine Auffassung, welche auch der obigen Mommsen'schen Erklärung zu Grunde liegt. Dass dieser Sinn aber in dem Ausdrucke liegt, ersehen wir z. B. aus der Wort- und Sacherklärung, welche Cicero de invent. II, 22,66 und 53,161 von der vindicatio, die in dieser Beziehung die Bedeutung des Stammwortes sicher beibehalten hat, giebt: vindicatio, per quam vis (aut injuria et omnino omne quod abfuturum est, defendendo aut ulciscendo) propulsatur. Wer also vim dicit, meint die Gewalt eines Andern. Darnach dürfte es das Richtigste sein, das Wort auch in unserer Wendung und Anwendung in seiner einfachen Bedeutung zu nehmen, in welcher wir es selbst im Lateinischen nur kennen: sagen, behaupten. Dann aber kann vim dicere nur soviel heissen als: vim esse dicere, behaupten, dass Gewalt vorliegt, dass ein Anderer eine vis, eine widerrechtliche Gewaltthat verübt hat, und der vindex ist derjenige, welcher dies ausspricht; denn dass das Zeitwort esse in diesen phrasenhaften Ausdrücken ausgefallen, ist leicht zu glauben. In gleicher Weise haben wir auch das jus dicere als ein jus esse dicere zu denken; der judex ist also derjenige, welcher ausspricht, was und dass etwas im einzelnen Falle Rechtens ist. Der judex ist ursprünglich der Inhaber der jurisdictio, was nicht bloss etymologisch, sondern auch geschichtlich zutrifft; denn der Magistrat, also König, Consul, Praetor, hiess und war in alter Zeit judex[5]). Eine entsprechende Bedeutung, gleichviel welche, mag ursprünglich judicium gehabt haben. Mit der Zweitheilung des ältesten Processverfahrens, des Sacramentsprocesses, welche, wie ich später zeigen werde, mit der Entstehung der Republik zusammenfällt, änderte zunächst judicium seine Bedeutung, indem es den Collegial-, d. h. Centumviralgerichtshof bezeichnete, und dementsprechend hiess auch in der legis actio per judicis arbitrive postulationem der Einzelgeschworene judex, möglich immerhin, dass auch schon vorher die Centumvirn den Namen judices führten[6]). Erst vom Worte

---

[5]) Livius III, 55, 11, 12. Varro l. l. V, 1,60.

[6]) Vgl. die judices decemviri der lex Valeria Horatia.

judex in dieser seiner neuen Bedeutung, in welcher es sich nicht auf den Jurisdictionsmagistrat bezog, ward jetzt das Verbum judicare abgeleitet, dementsprechend es von Anfang an die Thätigkeit des judicium oder judex bezeichnete, während die des Magistrates immer noch jus dicere, der Magistrat selbst jus dicens hiess. Jus dicere und judicare haben also ursprünglich verschiedene, scharf abgegrenzte Bedeutungen, mögen sie sich auch im Laufe der Zeit verwischt haben.

Kehren wir nun zum vim dicere zurück! Ist dies grammatisch ein vim esse dicere, wie ich es auffasse, so muss es sich an der Rolle des vindex erweisen, dass und inwiefern diese Bedeutung auch sachlich zutrifft. Der einzige Fall, in welchem nach den XII Tafeln zweifellos ein vindex auftreten konnte, ist der der actio judicati nach tab. III, d. h. der Fall der legis actio per man. inj. gegen den judicatus oder den ihm gleichgestellten confessus in jure. Streitig ist, ob es nach den XII Tafeln auch schon einen vindex bei der in jus vocatio gab, eine Streitfrage, auf welche ich weiter unten noch eingehen werde; wird die Frage zu bejahen sein, so trat doch auch hier ein vindex nur dann ein, wenn es wegen Ungehorsams des vocatus zur man. inj. kam, und dass diese man. inj. eine legis actio per man. inj. war, wird sich sehr bald zeigen. Also kein vindex ohne man. inj., soweit wir sehen können. Nun beantwortet sich die Frage: was erklärt der vindex, seinem Namen entsprechend, für rechtswidrige Gewalt? fast von selbst. Es ist die man. inj. selbst, das (von solenner Rede begleitete) körperliche Handanlegen an einen Bürger, welches der vindex für vis erklärt, während der Injicient sich für dazu berechtigt hält. Aus welchem Grunde der vindex die man. inj. als eine gewaltthätige rügt, ist gleichgiltig. Zwar meinen Viele, dass der vindex nur das formelle Recht des Injicienten zur man. inj. bestreiten könne; indessen ist dies nicht glaublich. Gerade soweit es sich um formelle Verstösse handelt, wird es zur Geltendmachung derselben nicht erst eines vindex bedürfen, weil hier regelmässig von Amtswegen die denegatio actionis eintreten wird. Hat z. B. der Injicient die gesetzlichen Bestimmungen über die Ordnungsmässigkeit der Ladung oder über die Wahrung der dem judicatus oder dem domum ductus bewilligten Gnadenfrist von dreissig bezw.

sechzig Tagen nicht beobachtet, welchenfalls in der Anstellung der legis actio per man. inj. eine plus petitio läge, so kann dies der Ergriffene selbst während der unsolennen Vorverhandlungen, während deren er noch nicht als res gilt, beim Praetor anbringen; ein vindex ist dazu nicht nöthig, wenn auch ein solcher gerade nicht ausgeschlossen ist. Hat ferner der Injicient den Man.-Inj.-Act in jure fehlerhaft vollzogen, so wird dies in der Regel der Praetor selbst bemerken, und in den seltensten Fällen wird es sich ein vindex haben angelegen lassen sein müssen, das etwa vom Praetor unbeachtete vitium actionis zu rügen. Aber trat auch wirklich ein vindex der man. inj. wegen ihrer formellen Fehlerhaftigkeit entgegen, so sehe ich doch nicht recht, wie es zu einem eigentlichen Rechtsstreite zwischen Injicienten und vindex hätte kommen können; es fand in allen solchen Fällen eine summarische praetorische Prüfung statt, deren Ergebniss Verweigerung oder Gewährung der (legis) actio war; damit hatte auch der vindex seine Rolle zu Ende gespielt. Ein wirklicher Rechtsstreit zwischen Injicienten und vindex ist nur dann denkbar, wenn der vindex auch die materielle causa der man. inj. bemängeln durfte. Dies entspricht auch allein dem Zwecke des ganzen Vindex-Institutes; der vindex soll denjenigen vertheidigen, welcher sich nach dem Rechte der legis actio per man. inj. selbst nicht vertheidigen kann und darf, und er soll ihn gerade so vertheidigen, wie er sich selbst vertheidigen würde, wenn er als Processpartei gälte. So kann z. B. der depensor, welcher dem Injicienten die Schuld des Ergriffenen bezahlt, als vindex auftreten, und gewiss greift er damit die man. inj. nur wegen ihrer materiellen, d. h. wegen ihrer jetzt in Wegfall gekommenen, also fehlenden materiellen causa an.

Also der vindex erklärt die man. inj. für eine vis. Wie lautete diese seine Erklärung? Ist die man. inj. eine legis actio, so muss ihr natürlich auch der vindex eine solche entgegensetzen; wie lautete also die Formel dieser legis actio? Ueberliefert ist sie uns nicht; wir müssen sie selbst finden. Es ist nicht nöthig, anzunehmen, dass in der Formel des vindex die man. inj. ausdrücklich als eine vis bezeichnet worden wäre; aus dem Namen des vindex ist nicht unbedingt auf den Wortlaut, sondern nur unbedingt auf den Inhalt seiner Rechts-

behauptung zu schliessen. Es genügt, wenn dieselbe der Sache nach eine Behauptung der gegnerischen vis war, nicht anders, wie wenn in der contravindicatio nur mittelbar und dem Sinne nach eine Bestreitung der klägerischen Rechtsbehauptung liegt; wir werden später sehen, wie zutreffend diese Parallele ist. Ueber die Formel der legis actio des vindex werden wir aber besseren Aufschluss erlangen, wenn wir zunächst die dieselbe begleitende Handlung des Vindex feststellen. Die dingliche legis actio besteht aus Wort und Werk, wie Brinz sehr hübsch gesagt hat. Auch die legis actio per man. inj. besteht aus beiden: das Werk ist die man. inj. eben; folglich kann auch der legis actio des vindex das Werk nicht fehlen. Wird uns nun etwas von einer Handlung des vindex berichtet, und wie wird sie genannt? Manche[7]) bezeichnen den Act als ein manum depellere. Ueberliefert ist uns dieser Ausdruck für den Act des vindex gerade nicht, sondern für den Act des Ergriffenen selbst im Verfahren der sog. legis actio per man. inj. puram. Aber immerhin, insofern der Letztere dieselbe Stelle einnimmt, wie nach dem früheren Verfahren der vindex, liesse sich auch der Act des vindex als ein manum depellere bezeichnen. Aber freilich deckt sich keineswegs der Act des Ergriffenen bei der man. inj. pura mit dem des vindex bei der man. inj. judicati (pro judicato), und so würde dem Ausdruck manum depellere mit Bezug auf den vindex eine andere Bedeutung zukommen, als mit Bezug auf den Ergriffenen selbst, weshalb es sich empfiehlt, den Ausdruck auch nur für die Handlung des letzteren zu verwenden, in welcher Verwendung er, wie gesagt, uns auch nur bezeugt ist. Denn das manum depellere ist die Kehrseite, das Gegenstück des manum inicere. Ist letzteres ein körperliches Handanlegen, ganz wie es der Ausdruck besagt so ist ersteres, ebenfalls seiner Wortbedeutung nach, ein körperliches Handabschlagen, also ein Wegziehen oder Wegstossen, ein Entfernen der Hand des Injicienten vom Ergriffenen. Dies trifft aber nur für die Handlung des Ergriffenen selbst bei der man. inj. pura zu; nur diese ist ein eigentliches, wahres manum depellere, soweit es sich um den äusseren Hergang

---

[7]) z. B. Demelius confessio S. 56.

handelt. Die Handlung des vindex kann keine reelle manus depulsio sein, sondern nur eine ideelle; nicht der äussere Hergang, sondern die innere Bedeutung seiner Handlung könnte also bezeichnet werden. Denn der vindex nimmt nicht am Injicienten einen körperlichen Gewaltact vor, indem er etwa dessen Hand, welche noch auf dem Schuldner[8]) ruht, ergriffe und sie von jenem wegzöge, sondern er setzt dessen am Schuldner vollzogenen körperlichen Gewalt ebenfalls eine an demselben Objecte sich vollziehende Gewalt gegenüber. Der Gewaltact des vindex richtet sich körperlich immer gegen den Schuldner, das Injectionsobject, aber der Idee nach wendet er sich abwehrend gegen den Gewaltact des (ersten) Injicienten, zu dem Zwecke und mit der Wirkung, die Kraft der man. inj. des letzteren aufzuheben: in diesem Sinne kann man hier von einem manum depellere sprechen, wenn man will. M. a. W. ist die Handlung des vindex ebenfalls ein manum inicere reo[9]). Dies folgt aber auch aus einem Ausdrucke, welcher uns ausdrücklich als Bezeichnung für die Handlung des vindex bezeugt ist: manum adserere. Was die Bedeutung desselben anlangt, só läge es zwar nahe, in ihm nur einen andern Ausdruck für das manum inicere zu sehen, ihn also für gleichbedeutend mit manu rem adprehendere zu halten, wonach sowohl die Handlung des ersten Injicienten, als auch die des vindex, ja überhaupt eines jeden Vindicanten, weil auch dieser rem manu adprehendit, ein manum adserere wäre[10]). Allein ich zweifle an der Richtigkeit dieser so allgemeinen Bedeutung. Unser Ausdruck wird vorwiegend von der vindicatio in libertatem (bez. in servitutem) gebraucht[11]); unter dem adsertor verstehen wir allgemein den Vindicant in libertatem; allein erwägen wir, dass der adsertor mit dem vindex geradezu identificirt wird, der vindex aber im eigentlichen, juristischen Sinne nicht jeder Vindicant in libertatem

---

[8]) Es sei mir der Bequemlichkeit halber gestattet, den Ergriffenen Schuldner zu nennen, wiewohl dies nicht ganz zutrifft, wie das Folgende und namentlich § 15 lehren wird.

[9]) So auch Demelius confessio S. 56; vgl. Liv. VI, 14,3.

[10]) so Voigt XII Tafeln II § 74 S. 44. S. 47.

[11]) s. die Belege bei Voigt a. a. O. § 76 N. 14 und 15.

ist, nämlich nicht derjenige, welcher angriffsweise die libertas eines Andern geltend macht, sondern allein derjenige, welcher als Vertheidiger der angegriffenen Freiheit auftritt, so ergiebt sich, dass unser Ausdruck recht eigentlich zur Bezeichnung der Handlung des vindex ursprünglich berufen war. Das manum adserere ist darnach diejenige man. inj., welche zur Abwehr einer vorhergegangenen man. inj. dient, und dies ist auch sein Wortsinn: die Hand anreihen an eine andere auf demselben Objecte. Das kann man nicht vom ersten, sondern nur vom zweiten Injicienten sagen. Dadurch, dass der vindex seine Hand der des Gegners anreiht, reihen sich beide Hände zusammen: manus conseruntur; die manus consertio währt bis zum praetorischen Missionsbefehle (s. oben S. 133).

Gehen wir davon aus, dass der vindex gerade so wie der erste Injicient eine man. inj. am Schuldner vornimmt, freilich in gerade entgegengesetztem Sinne, so dürfen wir aus diesem Parallelismus schliessen, dass die Rechtsbehauptung des vindex, um auf diese nunmehr wieder zurückzukommen, die entgegengesetzte von der des ersten Injicienten war. Es kommt nun Alles darauf an, festzustellen, wie die letztere gelautet hat, da uns ja die Quellen die Formel des vindex nicht erhalten haben. Gajus IV, 21 überliefert uns nun die Formel der legis actio per man. inj. des ersten Injicienten dahin: quod tu mihi judicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milia judicati manum inicio. Ich unterlasse es aber, die dieser Formel entsprechende des vindex ausfindig zu machen, bez. aus dieser Formel Schlüsse auf die des vindex zu ziehen, weil sie nicht die ursprüngliche ist, auf welche hier Alles ankommt. Diese zu gewinnen, haben wir allerdings weiter keinen Anhalt, als die noch erkennbare Natur des der legis actio per man. inj. zu Grunde liegenden materiellen Klagrechtes. Welches Recht nahm der Injicient am Ergriffenen in Anspruch? Wir wissen, dass unsere legis actio die addictio desselben an den Injicienten zur Folge hatte, diese daher auch bezweckte. Die Bedeutung der addictio zu ermitteln, ist nun die Aufgabe der vorhergehenden und folgenden Paragraphen; aber, um die hier aufgeworfene Frage beantworten zu können, muss ich hier schon vorwegnehmen, was sich erst später ergeben, übrigens sich auch schon

in diesem Paragraphen bewähren wird, dass der addictus ursprünglich quiritischer Sklave des Injicienten war. Also die servitus, das dominium ex jure Quir. am Schuldner nahm der Injicient in der legis actio per man. inj. in Anspruch; damit stimmt, um nur dies zu bemerken, vollkommen überein, dass auch sonst die vindicatio in servitutem zweifelsohne in der Form der legis actio per man. inj. sich abwickelte[12]), und dass, wie obbemerkt, der adsertor in libertatem auch vindex genannt werden konnte. War die legis actio per man. inj. Seitens des ersten Injicienten eine vindicatio in servitutem, so war die Seitens des vindex eine (contra)vindicatio in libertatem. Diese Meinung, welche schon Rudorff[13]), wenn auch nicht so deutlich und scharf, ausgesprochen hat, giebt uns nun einen überraschenden Aufschluss über das Wesen des in den Hauptpunkten immer noch dunklen sog. Man.-Inj.-Processes. Denn war die legis actio per man. inj., wie ich oben angenommen, gar keine Processart, sondern ein einzelner Processact, und zwar der der vindicatio (in servitutem), wie sich jetzt herausstellt, war ferner für jede vindicatio das eigentliche Rechtsstreitsverfahren die legis actio sacr., und haben wir auch diese nur für einen einzelnen Processact anzusehen, so ergiebt sich, dass legis actio per man. inj. und legis actio sacr. zwei demselben Vindicationsprocesse angehörige Processacte waren. Die legis actio sacr. ist eigentlich der Act der provocatio sacr., und die legis actio per man. inj. der diesem und dem Postulationsacte vorhergehende eigentliche Vindicationsact. Der ganze sog. Sacramentsprocess, richtiger, soweit er dinglich ist, Vindicationsprocess genannt, setzt sich aus einer Reihe einzelner, von beiden Parteien vorzunehmender Processacte zusammen, welche alle legis actiones sind, weil für sie von Anfang an bestimmte, solenne Formen vorgeschrieben waren, nämlich: legis actio per man. inj., per festucae impositionem, per postulationem[14]), (per provocationem) sacramento, schliesslich

---

[12]) Keller röm. Civilpr. § 19 N. 256.

[13]) Röm. Rechtsgesch. II § 24 mit § 17 N. 4.

[14]) Als legis actiones werden uns diese beiden Acte freilich nirgends in der römischen Litteratur genannt; aber dies ist nichts Wunderbares.

per comperendinationem (condictionem); endlich kann sich an das Hauptverfahren noch ein Nachverfahren anschliessen, welches wiederum mit einem Parteiacte, der legis actio per arbitri (judicis) postulationem, eingeleitet wird. Alles dies ist z. Th. schon bestätigt worden, und wird sich z. Th. noch weiterhin bestätigen. Das hat man schon längst erkannt, dass der sog. Sacramentsprocess in Beziehung zur legis actio per man. inj. steht, weil man in der That sonst nicht einzusehen vermag, in welchen Processformen der Rechtsstreit zwischen Injicienten und vindex verlaufen wäre;[15]) aber dies war eben eine blosse Vermuthung, welcher es an einer festen wissenschaftlichen Grundlage fehlte; mit meiner Auffassung des Wesens der legis actio per man. inj. sowohl, als auch sacr. glaube ich sie hinreichend gewonnen zu haben.

Mit dieser Erkenntniss geht aber die andere Hand in Hand, dass das Gebiet der legis actio per man. inj. viel weiter geht, als man gewöhnlich annimmt. Nicht bloss die actio judicati, also die vindicatio in servitutem, bez. in libertatem, sondern schlechthin jede vindicatio, filii, tutelae, rei, hat zur Processform die legis actio per man. inj. Viele einzelne Notizen und Ueberlieferungen, welche dies erkennen lassen, hat man bisher falsch verstanden, und darnach hat man allenthalben verschiedene Bedeutungen von man. inj. annehmen müssen,[16]) ganz zu Unrecht: es giebt nur eine man. inj., und diese ist die legis actio gleichen Namens.

Ich will jetzt die actio judicati mit der rei vindicatio in Vergleich stellen, um nachzuweisen, dass das sog. Executionsverfahren sowohl seinem äusseren Verlaufe, als auch seiner

---

Die Bezeichnung legis actio hat sich nur für solche erhalten, an welche man später die Bedeutung eines bestimmten Processverfahrens knüpfte. Uebrigens sprechen auch die XII Tafeln nirgends von einer legis actio, und doch verstehen sie unter der man. inj. die legis actio per man. inj. — So giebt es noch manche legis actiones ausser den fünf hauptsächlichsten; z. B. ist die actio in auctorem praesentem bei Cicero pro Caec. c. 19 § 54 eine legis actio und als solche nur ein Processact, nimmermehr also, wie Lenel Edict S. 424 N. 3 meint, die actio auctoritatis.

[15]) s. Keller röm. Civilpr. § 19 N. 259.

[16]) s. z. B. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II § 24 N. 1 und Anm. 1.

inneren Bedeutung nach sich mit dem Vindicationsverfahren, wie ich es oben dargestellt habe, deckt. Wir unterscheiden in der Hauptsache eine aussergerichtliche und eine gerichtliche vindicatio, bezw. legis actio per man. inj.

Die rei vindicatio geschieht zuerst aussergerichtlich; sie ist unter Umständen nöthig, damit der Vindicant die ergriffene Sache in jus ferre, trahere kann, sie ist gleichsam die Ladung des Vindicationsobjectes in jus. Dasselbe gilt für die gewöhnliche vindicatio in servitutem, wenn nämlich der Vindicant sein Eigenthumsrecht an einem angeblich in thatsächlicher Freiheit lebenden, in possessione libertatis befindlichen Sklaven geltend machen will[17]). Dass diese aussergerichtliche vindicatio jedesma eine legis actio ist, habe ich schon oben betont; aber welchen Namen wird sie als solche des Näheren geführt haben? Wo in unseren Quellen die aussergerichtliche vindicatio erwähnt wird[18]), ist immer von der man. inj. die Rede, und haben wir unter dieser vindicatio eine legis actio zu verstehen, so ergiebt sich schon hieraus, dass die aussergerichtliche vindicatio rei wirklich eine legis actio per man. inj. ist. Was heisst denn auch man. inj. anderes als adprehensio, als ein Ergreifen des Vindicationsobjectes mit der Hand? An sich liegt in dem Ausdrucke keine Beschränkung auf persönliche Vindicationsobjecte, und sie ist auch sonst nicht geboten. Es giebt ein manum inicere nicht bloss reo, sondern auch rei; es ist beide Male derselbe Act und ein Theil derselben legis actio, nämlich der vindicatio. Den Römern ist diese Bedeutung der man. inj. ganz geläufig gewesen; noch Servius[19]), von dem wir auch sonst manches Richtige lernen können, giebt die allgemeine Definition: nam man. inj. dicitur, quotiens . . . rem nobis debitam vindicamus. Hat die legis actio per man. inj. ihren Namen von der Handlung des manum inicere erhalten, so liegt der Schluss gewiss nahe, dass überall, wo dieser technische Ausdruck für die adprehensio rei vorkommt, er die genannte legis actio bedeutet. Die man. inj. und die nach ihr benannte

---

17) s. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II § 24 Anm. 1.

18) s. die Belege bei Voigt XII Tafeln I § 53 N. 27.

19) in Aen. X, 419.

legis actio ist also nichts der Personalexecution Eigenthümliches, sondern jeder vindicatio angehörig. Ist doch jede vindicatio unmittelbar eine Executionsklage! Freilich muss es eine eigene Bewandtniss haben, dass wir später die legis actio per man. inj. in einem engeren Sinne verwandt finden, dass ihr Name allein noch für das Personalexecutionsverfahren der XII Tafeln stehen geblieben ist; Gajus IV, 21 belehrt uns hierüber. Diese Erscheinung erklärt sich so, dass in der Nachzwölftafelzeit die actio judicati keine vindicatio in servitutem mehr war, dass der addictus nicht mehr quiritischer Sklave des Gläubigers ward, weshalb sich auch die Formel der actio judicati änderte und diejenige aufkam, welche uns Gajus überliefert hat. Hätte man dann noch den Namen legis actio per man. inj. sowohl für die vindicatio, als auch für die actio judicati festgehalten, so hätte man damit zweierlei ganz verschiedene Dinge bezeichnet. Das ging natürlich nicht an, und deswegen gebrauchte man den Namen legis actio per man. inj. nur noch zur Bezeichnung der actio judicati, während man die Vindicationen nach dem zweiten Processacte, der legis actio sacr., benannte. Kein Wunder, dass Gajus bei der Darstellung der legis actio sacr. mit keinem Worte mehr die legis actio per man. inj. erwähnt; sie hatte für ihn, wie auch bis heute noch für uns, die ursprüngliche Beziehung zur vindicatio ganz eingebüsst.

Wie jedem dinglichen Processe eine aussergerichtliche vindicatio, d. h. legis actio per man. inj. vorausgeht, so auch der actio judicati[20]). Der Zweck derselben war bei letzterer genau derselbe, wie bei jeder vindicatio. Auch der judicatus (confessus, ungehorsame in jus vocatus) war keine processfähige Person, welche mittels in jus vocatio noch vor Gericht hätte geladen werden können; er war Legisactions-, d. h. Vindicationsobject, und nur in dieser Eigenschaft war seine Gegenwart in jure erforderlich. Er wurde daher vom Gläubiger wie eine Sache in jus gebracht (ferri, duci), und um dies zu ermöglichen, um die gesetzliche Folgepflicht für den Ergriffenen

---

[20]) Für die legis actio per man. inj. an den Ungehorsamen in jus vocatus versteht es sich von selbst, dass sie zunächst aussergerichtlich stattfindet.

zu constatiren, war die aussergerichtliche man. inj. nöthig. Weil der judicatus nicht processfähig war, ebensowenig wie der Sklave, weil er rechtlich nur noch als res galt, so konnte er folgerecht in jure seine Sache nicht selbst führen. War die actio judicati eine vindicatio in servitutem, so vollzog sich die aussergerichtliche legis actio per man. inj. in der Weise, dass der Gläubiger den Schuldner ergriff und sagte: hunc ego hominem ex jure Quir. meum esse ajo; Zuziehung von Zeugen war auch hier erforderlich.

Die aussergerichtliche man. inj. bezw. vindicatio dient aber nicht bloss zur Vorbereitung des Processes, sie trägt auch ihren Zweck in sich selbst und kann daher für sich bestehen, ohne dass ein Processverfahren noch stattfindet. Wir wissen, dass die vindicatio ein reipersecutorisches Rechtsmittel war, dass ursprünglich der Nichtbesitzer und Nichteigenthümer sie anstellte, um sich in das Besitzeigenthum der Sache zu setzen. Demselben Zwecke diente nun auch die aussergerichtliche man. inj. an den judicatus. Der Gläubiger hatte in Folge der Nichtleistung des Schuldbetrages des judicatus oder confessus das Recht auf den Besitz und das Eigenthum an seiner Person: es ist das nudum jus, wie ich es oben genannt habe, welches das Recht zur vindicatio giebt. Der judicatus ist zwar dem Gläubiger verfallen, aber nicht in dem Sinne, dass er lediglich in Folge der Nichtleistung des Schuldbetrages ipso jure sein Sklave geworden wäre, sondern in dem Sinne, dass der Gläubiger das gegenwärtige Recht hat, ihn zum Sklaven zu machen. Uebt der Gläubiger sein Recht nicht aus, unterlässt er die man. inj, so ist der Schuldner nach wie vor civis Romanus und in keinem Augenblicke servus gewesen; erst dadurch, dass der Gläubiger sein Recht durch die man. inj. verwirklicht, ist er dessen Sklave geworden. Es ist die ursprüngliche Function, welche die vindicatio hier versieht: (Besitz-)Eigenthum zu begründen[21]). Bleibt nun die aussergerichtliche man. inj.

---

[21]) Denn die addictio, welche der Vindicant beantragen kann, vermag nicht quiritisches Eigenthum zu begründen, weil der Praetor überhaupt nicht solches Eigenthum schaffen kann; sie vermag nur bereits bestehendes Eigenthum zu bestätigen und ausser Zweifel zu setzen; folglich muss die vindicatio der eigenthumsbegründende Act sein.

unbestritten, so gilt dasselbe, was ich oben über die Wirkung der aussergerichtlichen vindicatio überhaupt gesagt habe: der Gläubiger kann sich bei der factischen Rechtskraft seiner legis actio beruhigen; aber es liegt alsdann gegen Niemanden res judicata vor. Freilich, und hierin liegt ein Unterschied von der vindicatio rei, würde auch die addictio, welche auf die unangefochten gebliebene vindicatio erginge, gegen Niemanden res judicata schaffen; dieser Unterschied ist begründet in den verschiedenen Vindicationsobjecten: die vindicatio rei hat stets die persönliche Richtung auf den Vorbesitzer, dem gegenüber die addictio stets ein rechtskräftiges Urtheil ist; der vindicatio eines homo liber in servitutem fehlt nothwendig diese Richtung, weil der homo liber kein Besitzobject ist, ein Vorbesitzer also hier nie vorhanden ist. Deshalb ist hier die addictio an sich zwecklos, vorausgesetzt, dass kein vindex aufgetreten ist; hat aber ein solcher die defensio des Schuldners ohne Erfolg geführt, so begründet die addictio gegen diesen die Rechtskraft, was aber wieder nicht ausschliesst, dass ein Anderer als vindex den addictus in libertatem vindicirt, was aus Cicero pro dom. c. 22 § 78 (s. oben S. 178 N. 17) klar hervorgeht. Doch ist dies nichts der vindicatio in servitutem Eigenthümliches auch bei jeder andern vindicatio gilt die addictio nur inter partes. Kann nach dem Gesagten die addictio dem Vindicanten in servitutem an sich nichts weiter nützen, falls seiner vindicatio kein vindex entgegengetreten ist, hat sie keine andere Kraft, als die unbestritten gebliebene vindicatio selbst, so scheinen doch die XII Tafeln in einem verloren gegangenen Gesetze der tab. III jedesmal die addictio des Schuldners vorgeschrieben zu haben, offenbar weil es der Sanction des durch den Praetor vertretenen populus bedurfte, dass ein civis Romanus Sklave eines Mitbürgers ward, was ich im § 15 noch näher ausführen werde. Mit dieser Vorschrift aber nahm das Zwölftafelgesetz zugleich der vindicatio eines civis in servitutem im Gegensatze zu dem sonstigen Rechte der vindicatio die eigenthumsbegründende Kraft; der in servitutem vindicirte Bürger ward erst mit der addictio servus ex jure Quir. des Vindicanten.

Wie jeder aussergerichtlichen vindicatio, so kann ihr auch in unserm Falle ein Contravindicant schon ausserhalb des jus

entgegentreten. Der Contravindicant, welcher gegen die vindicatio in servitutem auftritt, vindicirt in libertatem, und auf ihn ist, wenigstens im späteren Rechte, der Name vindex beschränkt. Die contravindicatio dieses vindex unterscheidet sich von der sonstigen contravindicatio dadurch, dass der vindex kein eigenes Recht geltend macht, sondern in reeller Vertretung des Schuldners dessen Recht, weil dieser selbst als Vindicationsobject seine Freiheit nicht geltend machen kann. Wie bei der rei vindicatio als Contravindicant jeder, der will, d. h. der selbst ein Recht auf die Sache zu haben wähnt, und nicht etwa bloss der Vorbesitzer der Sache, auftreten kann, so kann auch jeder, der will, d. h. der von des Schuldners Recht überzeugt ist, die Rolle des vindex übernehmen; insofern die vindicatio in libertatem nicht eigenes Recht des Vindicanten zur Grundlage hat und voraussetzt, ist sie eine Popularklage, mag sie angriffs- oder vertheidigungsweise angestellt werden. Dass nun auch aussergerichtlich ein vindex für den judicatus auftreten kann, ersehen wir aus tab. III der XII Tafeln; denn wenn es hier heisst: aut quis endo eo in jure vindicit, so erfordert das in jure vindicere den Gegensatz des extra jus vindicere, geradeso wie das in jure manum conserere der tab. VI, 5a (nach Bruns, während Voigt das Gesetz richtig in tab. I versetzt), womit die vindicatio und contravindicatio bezeichnet wird, ein extra jus manum conserere, d. h. eine aussergerichtliche vindicatio und contravindicatio voraussetzt. Uebrigens kann auch in unserm Falle, wie überhaupt bei der vindicatio, ausserhalb des jus ein Anderer als Contravindicant auftreten, als nachher in jure; ersterer ist nicht verpflichtet, die defensio auch in jure zu übernehmen[22]). Tritt überhaupt kein vindex für den Schuldner ein, so ist er ebenso indefensus, wie die res indefensa ist, wenn sich kein Contravindicant meldet; vindicirt aber Jemand schon aussergerichtlich den Schuldner in libertatem, so hat dies auch für den Vindicanten in servitutem die Bedeutung, dass er nun entweder auf sein

[22]) Eine Pflicht, dem Vindicanten in jus zu folgen, wie sie Lenel a. a. O. S. 53 annimmt, besteht deshalb für den vindex nicht, weil er nicht in jus vocirt wird: es ist sein freier Wille, ob er endo eo in jure vindicere will. Es gilt für ihn dasselbe, wie für jeden Contravindicanten.

Eigenthumsrecht am Schuldner verzichten oder aber die Angelegenheit vor den Praetor bringen muss.

In jure wiederholt sich alsdann die vindicatio in servitutem und eintretendenfalls auch die contravindicatio in libertatem Seitens eines vindex. Da die addictio des Schuldners an den Gläubiger, falls nicht contravindicirt wird, nach den XII Tafeln auf sechzig Tage hinausgeschoben wird, so steht es jedem Einzelnen während dieser ganzen Frist jeden Augenblick frei, als vindex aufzutreten. Dies geschieht alsdann in der Weise, dass der vindex zunächst aussergerichtlich den in Schuldhaft Befindlichen in libertatem vindicirt und darnach, nachdem auch der Gläubiger noch aussergerichtlich in servitutem contravindicirt hat[23]), die vindicatio in jure von Neuem anstellt. Tritt dann der Gläubiger zurück, d. h. unterlässt er seine contravindicatio in jure, so beantragt der vindex beim Praetor die addictio libertatis an den Schuldner, bestehend in der einfachen pronuntiatio: N. N. liber oder homo liber est. Lässt sich aber der Gläubiger mit dem vindex in einen Rechtsstreit ein, dann geht der Process, was bisher immer für sehr zweifelhaft gehalten wurde, nach meiner Auffassung aber ganz naturgemäss ist, in die legis actio sacr. über, d. h. es folgt als zweiter Act des Vindicationsprocesses die beiderseitige solenne prov. sacr., welche zu dem Verfahren in judicio führt. Wird auf Grund desselben das sacr. des Gläubigers für justum, das des vindex für injustum erklärt, so ist der Rechtsstreit mit dem vindex, welcher nur die von ihm eingesetzte Sacramentssumme verliert, zu Ende, jedes Rechtsverhältniss zwischen dem andern Vindicanten und dem vindex gelöst. Seine vindicatio in libertatem ist ihm nicht geglückt, und es steht nun dem ersten Vindicanten nichts mehr im Wege, sich den Schuldner vom Praetor addiciren zu lassen. Dies ist wenigstens das älteste und auch noch das Zwölftafelrecht[24]). Freilich gilt das Gesagte nur unter einer Voraussetzung: dass nach der Entscheidung des Rechtsstreites zwischen dem ersten Vindicanten und dem vindex

---

[23]) so dass also diesfalls der vindex im späteren Rechtsstreite Kläger ist, während ihm sonst gewöhnlich die Beklagtenrolle zufällt.

[24]) A. M. z. B. Voigt XII Tafeln I unter tab. III, 4.

der judicatus für den ersteren habhaft war. Ist dies nicht der Fall, so war eine addictio natürlich nicht denkbar, aber dafür verfiel der vindex der poena dupli des Schuldbetrages. Dies ist aber nichts der actio judicati Eigenthümliches, sondern kann sich bei jeder vindicatio ereignen. Der vindex hatte nach dem Grundsatze: vindiciae semper pro libertate die Vindicien erhalten, und es hatte sich nachher aus der sententia judicii herausgestellt, dass er falsam vindiciam tulit. Jeder Vindicant aber, welchem die Vindicien zu Unrecht gegeben worden waren, verfiel, wenn, aus welchen Gründen auch immer, der Gegner das Vindicationsobject selbst von ihm nicht erlangen konnte, der poena dupli (tab. XII, 3).

Schliesslich will ich noch erwähnen, dass das praetorische Urtheil in der actio judicati dasselbe ist, wie im Vindicationsprocesse: die addictio rei s. hominis (servi). Freilich wird dieser Punkt noch einer eingehenden Besprechung weiter unten bedürfen. Nach allem aber wird der bisherige Vergleich der actio judicati mit der gewöhnlichen vindicatio zum Beweise dessen genügen, dass erstere eine vindicatio und zwar in servitutem war, und dass die legis actio per man. inj. ein Theil des Vindicationsprocesses, überhaupt ein Vindicationsverfahren im Allgemeinen war.[25]) Die Frage also, welche legis actio als Processact älter ist, die sacr. oder per man. inj., beantwortet sich dahin, dass sie gleich alt sind, dass sie beide so alt sind, wie der dingliche Process überhaupt, d. h. so alt, wie der römische Rechtsstaat selbst. Die Rechtsverfolgung vor der Zeit des Rechtsstaates freilich war eine blosse Selbsthilfe, insofern der Rechtsverfolgende die streitige Sache dem Besitzer, nöthigenfalls unter Anwendung von Gewalt und Unterstützung von Geschlechtsgenossen u. s. w., wegzunehmen suchte, also eine man. inj., und in diesem Sinne reichen allerdings die Wurzeln der legis actio per man. inj. in die Urzeit hinein, während das Sacramentsverfahren immerhin schon geordnete Zustände voraussetzt. Man kann sagen: die man. inj. ist uralt, dagegen die legis actio per man. inj. setzt wie jede legis actio den Rechtsstaat voraus.

---

[25]) Im Einzelnen werden sich noch manche Beweise zusammentragen lassen.

Kehren wir nunmehr zu der Bedeutung des Wortes vindex und vindicere zurück, so ergiebt sich, dass das Anwendungsgebiet des vindicere und der Geschäftskreis des vindex ursprünglich ein viel weiterer gewesen sein muss, als wir oben angegeben haben. Nicht nur in den beiden genannten Fällen der legis actio per man. inj. (gegen den judicatus und den ungehorsamen in jus vocatus), sondern in allen Fällen derselben, d. h. bei jeder vindicatio ist ein vindicere möglich, kann ein vindex auftreten. Mit vindicere wird also diejenige Handlung bezeichnet, die wir sonst contravindicare nennen; der vindex ist der Contravindicant, welches dingliche Recht er auch geltend machen mag. Das vindicere ist sachlich ein manum inicere, der vindex ein Injicient; aber nicht jedes manum inicere ist ein vindicere, sondern nur dasjenige, welches einem ersten manum inicere entgegengesetzt wird: das liegt im Namen vindicere (vim esse dicere); es muss schon eine man. inj. stattgefunden haben, damit diese als vis bezeichnet werden kann. Diese ursprüngliche allgemeine Bedeutung von vindex im Sinne von Contravindicant hat sich nun allerdings später verloren, sehr begreiflich, wenn man dies mit dem Bedeutungswechsel der legis actio per man. inj. zusammenbringt. Wie diese zufolge der Aenderung des Executionsrechtes nur noch die actio judicati bezeichnete und den allgemeinen Sinn von vindicatio verlor, so hörte auch der Name vindex auf, eine Wechselbezeichnung für Contravindicant zu sein. Aber eine Spur der ursprünglich weiteren Bedeutung hat sich noch in dem vom Worte vindex abgeleiteten Verbum vindicare erhalten. Wie hätte dieses Wort je zu seiner bekannten Bedeutung gelangen können, wenn nicht der vindex ursprünglich in der Sache ein Vindicant gewesen wäre? Der vindex ist, wenn wir uns streng an den Namen halten, ursprünglich allein derjenige, welcher vindicat; folglich kann anfänglich das Wort vindicare nur die man. inj. des zweiten lege Agirenden (des Contravindicanten), nicht auch die des ersten Injicienten bezeichnet haben. Wie verhalten sich nun aber die beiden Bedeutungen von vindicere und vindicare zu einander, wenn beide Wörter Handlungen einer und derselben Person, des vindex, bezeichnen? Das Wort vindicere nimmt seine Richtung auf die Handlung des Gegners, giebt an, in welchem Verhältniss die Handlung des

vindex zu der des ersten Injicienten steht, welche Bedeutung der letzteren im Vergleich zu der ersteren zukommt. Insofern die legis actio des vindex als ein vindicere bezeichnet wird, besagt sie: du hast durch deine man. inj. eine vis verübt. Das Wort vindicare dagegen kehrt die absolute Bedeutung der man. inj. des vindex heraus, sagt aus, was dieselbe für sich genommen für einen Sinn hat und zum Ausdruck bringt; es besagt: ich nehme an dem Objecte ein dingliches Recht (Eigenthum, Freiheit u. s. w.) in Anspruch und verwirkliche dieses Recht durch diese meine gegenwärtige man. inj. Wir sehen also, dass vindicere und vindicare zwei völlig verschiedene Bedeutungen haben, auf welche uns die richtige Etymologie beider geführt hat. Anfangs zwar noch sich berührend, gehen sie später ganz auseinander, so dass ihre ursprüngliche Wortbedeutung sich fast ganz verliert. Während vindicere in seiner Bedeutung in und mit der Bedeutung des vindex eingeschränkt ward, löste sich die Bedeutung von vindicare von der seines Stammnomens vindex vollständig ab. Es ist ganz natürlich, dass letzteres zu der allgemeinen Bedeutung gelangte: ein dingliches Recht in Anspruch nehmen; that dies doch der erste Injicient (Kläger) so gut wie der zweite, der vindex. Ja, so ganz ging es auf die Initiativhandlung des ersten Injicienten über, dass man die man. inj. des Gegners des besseren Verständnisses wegen mit dem Zusatze contra (vindicare) bezeichnen musste. Und als im Formularprocesse der Contravindicationszwang in der alten Weise in Wegfall kam, da blieb das Wort vindicare hauptsächlich zur Bezeichnung der dinglichen Klage in Gebrauch, während es anfänglich nur die dingliche Gegenklage bedeutete; der Vindicant ist jetzt bloss der Kläger.

Das Wort vindicere findet sich bereits in den XII Tafeln (tab. III) vor; das Wort vindicare treffen wir in ihnen noch nicht an. Wie die meisten derartigen Verbalformen, so gehört auch vindicare nicht dem ältesten Schatze der lateinischen Sprache an; es ist ein verhältnissmässig junges Wort, wie wir als solches ja auch schon mancipare und judicare kennen gelernt haben. Statt vindicare sagen die XII Tafeln noch manum inicere, statt vindicatio: man. inj. Vindication und Contravindication zusammen werden mit manum con-

serere[26]) bezeichnet, so in dem in tab. I gehörigen Fragmente: si qui in jure manum conserunt, und in dem Ausdrucke: ex jure manum consertum vocare, zur Vornahme der beiderseitigen Vindication sich (gegenseitig) auffordern[27]). Dementsprechend hiess die Contravindication speciell noch: manum adserere[28]).

§ 12.

Die legis actio sacramento.

Ich gehe nunmehr zur legis actio sacr. über, d. h. zu derjenigen legis actio, demjenigen Processacte, welcher den unmittelbaren Zweck hatte, das Rechtsstreitsverfahren, das Verfahren in judicio, zu eröffnen, um darzuthun, dass die addictio, um welche es sich im letzten Grunde hier immer handelt, das ordentliche Urtheil des dinglichen Processes war. Dass dieser mit der addictio schloss, wenn er gar nicht zum judicium gelangt war, nämlich im Versäumnissverfahren und bei der in jure cessio, ist zweifellos; ich behaupte aber, dass auch nach der Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites in judicio regelmässig noch ein Schlussverfahren in jure stattfand, in welchem der Praetor die addictio erliess, so dass die sententia judicii nicht das Endurtheil des Processes

---

[26]) S. oben S. 199, 206.

[27]) Nebenbei sei bemerkt, dass, wenn Huschke Zeitschr. f. Rechtsg. VII S. 181 ff. behauptet, die Worte ex jure in obiger Wendung bedeuteten nicht: aus der Gerichtsstätte (rufen), sondern: nach Civilrecht (zum manum conserere aufrufen), er mir nicht Unrecht zu haben scheint. Denn da die Parteien ursprünglich mit dem Praetor sich nach dem Grundstücke begaben, so wird nicht eigentlich die Gerichtsstätte verlassen, sondern nur verlegt; das manum conserere geschieht daher auch nicht ausserhalb des jus. Sodann passt Huschkes Auffassung insofern, als die zu Anfang gesprochenen Worte: Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur, eum ex jure Quir. meum esse ajo nicht als gesetzliche Vindication gelten können, weil zu dieser noch die adprehensio rei gehört. Die eigentliche, gesetzliche (ex jure sc. Quir.) Vindication geht erst auf dem fundus selbst vor sich, und zur Vornahme dieser fordern sich die Parteien auf. Freilich ist Huschkes übrige Ansicht, als forderten diese sich nicht zu etwas Zukünftigem auf, nicht richtig, da ja eben die Vindication erst auf dem fundus vorgenommen werden soll.

[28]) S. oben S. 198, 199.

war. Um diese Behauptung zu beweisen, muss ich zunächst die Bedeutung des Verfahrens in judicio ins rechte Licht setzen, und dies wiederum erfordert zunächst, dass ich mich über die Bedeutung der provocatio sacr. näher auslasse.

Da darf es nun zuvörderst nach den überzeugenden Ausführungen von Danz[1]), dem viele Neuere beigetreten sind[2]), als feststehend gelten, dass das Sacramentsverfahren ursprünglich ein Processverfahren mit Eid gewesen ist[3]). Die dagegen vorgebrachten Einwände[4]) kann ich, ohne auf sie näher eingehen zu können, nicht als stichhaltig anerkennen; m. E. hat die Annahme von Danz ebensowohl genügende äussere Beglaubigung, als auch innere Wahrscheinlichkeit für sich. Man bedenke, welche Rolle der Eid überhaupt im ältesten Rechtsverkehre der Römer im Systeme des fas gespielt hat; man erwäge, welche ausgedehnte Anwendung er insbesondere im Processe auch bei den übrigen indogermanischen Völkern gefunden hat[5]). Danz hat auch auf das völkerrechtliche Verfahren des res repetere hingewiesen, gewiss mit Recht, obwohl er selbst einen zu ausgiebigen Gebrauch dieser Parallele gemacht hat. Dazu kommt die sichere Thatsache, dass ursprünglich die Priester in einer gewissen Beziehung zur legis actio sacr. standen; sie wird sich nicht besser erklären lassen, als durch den Umstand, dass das Sacramentsverfahren ursprünglich ein sacrales Element, nämlich die Eidesleistung, enthielt. Vor Allem aber sind es die von Danz besprochenen Festusstellen welche uns eine quellenmässige Beglaubigung seiner Annahme

---

[1]) Der sacrale Schutz S. 151 ff.

[2]) Ich erwähne u. A. nur: Karlowa der röm. Civilpr. S. 17 ff. Huschke Multa S. 361 ff. Schultze Privatrecht u. Process I S. 509 ff.

[3]) Auch Ihering hatte in der ersten Auflage seines „Geistes" (s. die vierte Aufl. I S. 302 ff.) unter dem sacr. einen Eid verstanden; aber er verband mit dieser richtigen Auffassung eine unhaltbare von der Bedeutung des Sacramentsverfahrens selbst, und die spätere Erkenntniss dessen führte ihn dazu, über die Eidesnatur des sacr. wieder sehr zweifelhaft zu werden.

[4]) s. Girtanner die Stipulation S. 1—80. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II S. 81. Voigt in krit. Vierteljahrsschrift Bd. 19 S. 138.

[5]) s. Ihering Geist I S. 301, N. 209. Leist Civil. Stud. III S. 261 und Graecoital. Rechtsgesch. S. 488, 489.

bieten. Festus bez. Verrius Flaccus stützt sich höchstwahrscheinlich auf alte Grammatiker, und wenn wir auch in der classischen Jurisprudenz keine Spur der Kenntniss des alten Sacramentsverfahrens mehr finden, wenn ihr auch das Andenken an jene ehemalige Beschaffenheit desselben ganz abhanden gekommen zu sein scheint, so dürften doch noch die veteres, die Juristen und Philologen des vorletzten Jahrhunderts der Republik, eine Erinnerung daran gehabt haben. Wenigstens glaube ich noch bei Lucilius[6]) einen Anklang an die Eidesnatur des sacramentum auch in der nach ihm benannten legis actio zu finden, wenn er sagt: nemo hic vindicias neque sacra neque numen veretur; denn die Zusammenstellung der vindiciae mit den sacra und dem numen scheint mir bedeutsam zu sein.

Wenn ich nun auch mit Danz und Huschke in der Auffassung des sacr. als eines sacralen Eides übereinstimme, so kann ich doch die Art und Weise, wie sie die Eidesleistung in das Processverfahren einfügen wollen, nicht für richtig halten; auch kann ich ihre Ansicht von dem Grunde der Eidesleistung im Processverfahren nicht theilen. Wir werden uns zuerst über die Bedeutung der beiderseitigen provocatio sacr., aus welcher die legis actio sacr. besteht, klar werden müssen. Man hat früher darüber gestritten, ob die provocatio eine Herausforderung zum Eide (sacramento = ad sacramentum) oder eine solche durch Eid sei, m. a. W. ob sacramento Dativ oder Ablativ sei. Man hat sich nun neuerdings dafür entschieden, dass die Form sacramento der Ablativ ist; mit Recht: der Vergleich mit dem sponsione provocare ist beweisend genug. Die Frage aber, was denn nun die provocatio sacr. sei, ist damit noch nicht zu aller Zufriedenheit gelöst. Zwar darin stimmen Alle überein, dass sie eine Herausforderung durch Eid gewesen sei; aber die Ansichten gehen darin auseinander, in welcher Weise durch Eid provocirt ward. Danz[7]), Muther[8]) und Karlowa[9]) nehmen an, dass die Herausforderung eine solche durch einen geleisteten Eid gewesen sei, dass also der

---

[6]) Bei Festus s. v. vindiciae.
[7]) A. a. O. S. 165 S. 175 ff.
[8]) Die Sequestration S. 131 ff.
[9]) A. a. O. S. 16.

Provocant in jure schwört, dass sich die Eidesleistung in und mit der provocatio vollzieht, also einen Theil des Provocationsactes bildet, so dass der Vindicant zuerst, der Contravindicant an zweiter Stelle schwört[10]). Fragt man aber, wozu sich die Parteien durch ihren Eid herausfordern, so antworten Muther und Karlowa: ad litem, zum gerichtlichen Streit, als ob derselbe nicht schon längst begonnen hätte. Danz hingegen a. a. O. S. 178 hat Anfangs die Meinung gehabt, dass sie sich gegenseitig aufgefordert hätten, ihren Ansprüchen gerecht zu werden, was sich vielleicht hören liesse; aber später[11]) hat er sich dahin berichtigt, dass der Kläger den Beklagten durch Eid zum Eid herausgefordert habe, wobei es aber unerklärt bleibt, wozu denn der Beklagte den Kläger noch provocirt habe, da dieser seinen Eid ja bereits geleistet hatte[12]). Es wird sich demnach die Meinung, dass die prov. sacr. eine Herausforderung durch einen geleisteten Eid gewesen sei, nicht halten lassen. Huschke erklärt deshalb die Herausforderung durch Eid auf andere Weise[13]). Grammatisch sei nämlich die prov. sacr. eine Herausforderung durch Vorsagen der Eidesformel, sachlich aber eine Herausforderung zur Verpflichtung durch Eid gewesen, so dass der Beklagte zuerst geschworen habe[14]); er knüpft daran noch die m. E. richtige Bemerkung, dass zugleich in der prov. sacr., ähnlich wie in der prov. ad populum, eine örtliche Beziehung gelegen habe, insofern sich die Parteien an einen andern Ort, nämlich in den Tempel, Zwecks Eidesleistung gerufen hätten, worauf ich nachher zurückkommen werde. Huschke findet diese Auffassung durch die Analogie der prov. sponsione begründet, da hier auch die Verpflichtungsformel dem zu Verpflichtenden von dem Verpflichtenden vorgesagt wird. Allein diese Analogie scheint schon deswegen bedenklich, weil ein Privater, welcher doch keine Auspicien hat, die verba sacramenti praeire soll;

---

10) s. dagegen Huschke Multa S. 362 N. 21.

11) Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 6 S. 382 ff.

12) So richtig Huschke Multa S. 422 N. 188.

13) Ueber seine Ansicht, dass ursprünglich eine wörtliche und ausdrückliche prov. sacr. gar nicht stattgefunden habe, s. Multa S. 421, 422.

14) Multa S. 362 N. 21, S. 410 N. 165.

überdies kann ich nicht glauben, dass in dem sponsione provocare die Form der sponsio zum Ausdruck gebracht werden soll. So bliebe denn die prov. sacr. immer noch ein Räthsel[15]). Ich glaube es so lösen zu können, dass die beiden Worte: sacramento provocare grammatisch gar nicht zusammengehören, dass der Ausdruck eine Breviloquenz enthält, welche vielleicht ursprünglich gar nicht einmal üblich war, und welche auch den classischen Juristen selbst nicht mehr verständlich war. Die provocatio ging dahin, dass der Gegner durch Eid seine Rechtsbehauptung oder das von ihm behauptete (bessere) Recht bekräftigen solle[16]). Zu dem Ablativ sacramento ist also noch ein Zusatz zu denken, dessen Sinn der angegebene ist, dessen Wortlaut aber in der alten Rechtssprache wie auch immer gelautet haben mag; parallel dem ex jure manum consertum vocare, welches auch eine (pro) vocatio zum manus conserere war, werden wir zu sacramento ein Verbum im Supinum hinzuzudenken haben. Die prov. sacr. war also keineswegs eine Herausforderung durch Eid, sondern zum Eide, wie die alte Ansicht und auch Huschke ganz richtig lehrte, freilich ohne den richtigen grammatischen Anhalt. Daher heisst auch diese legis actio nicht, wie die übrigen, per sacr., sondern sacra mento, d. h. wohl ursprünglich: per provocationem sacr.

Nunmehr verstehen wir auch den Hergang des Provocationsactes; er ist wieder zu vergleichen mit dem der vocatio ex jure manum consertum. Wie der Kläger zuerst den Beklagten zum manum conserere vocirt, dann dieser den Kläger seinerseits[17]), so provocirt sacramento zuerst der Kläger den Beklagten und hierauf dieser jenen. Und wie während der beiderseitigen vocatio manum consertum die manus consertio in jure gar nicht stattfindet, ja wie der Beklagte nicht noch

[15]) Eine besondere Ansicht über ihre Wortbedeutung hat Puntschart die Entwicklung des grundgesetzl. Civilr. S. 168; in der Sache trifft er mit Danz zusammen.

[16]) vgl. den Ausdruck: jus jurandum.

[17]) Denn so ist mit Karlowa a. a. O. S. 8 das revocare (= contra vocare) des Beklagten zu verstehen: seinerseits oder abermals rufen, womit auch zu vergleichen ist das ferre ad populum und referre ad senatum; s. Mommsen Röm. Forsch. I S. 245 N. 46.

erklärt, dass er dem Rufe des Klägers Folge leisten werde, sondern wie erst nach dem vollständigen Abschlusse des Vocationsactes die Parteien mit dem Praetor sich zum Grundstücke Zwecks Vornahme der manus consertio begeben, so werden auch die beiden Eide nicht während des Vollzuges des Provocationsactes in jure geleistet und erklärt sich auch nicht der Beklagte auf die Herausforderung des Klägers zum Eide, nimmt dieser die Herausforderung nicht ausdrücklich, ja überhaupt nicht an, sondern provocirt nur den Kläger seinerseits (contra provocare)[18]), und verlassen darauf beide Parteien das jus, um am geeigneten Orte die Eide zu leisten. Eine Annahme der vocatio oder provocatio ist deshalb nicht erforderlich, weil es sich nachher von selbst herausstellen wird, ob der Beklagte zur Fortführung des Rechtsstreites geneigt ist, ob er am Grundstücke manum conserere oder ausserhalb des jus seinen Eid leisten will. Erst nachdem also beide Parteien sich zum Eide provocirt hatten, konnte es zur Eidesleistung selbst kommen. — Ich will hieran noch anknüpfen, dass vermuthlich den Act der prov. sacr. sowohl des Klägers wie des Beklagten processleitende Fragen des Praetors eingeleitet haben. Wie im ersten Acte des Vindicationsprocesses, in der legis actio per man. inj., der Praetor den künftigen Beklagten, vorausgesetzt, dass dieser sich schon während der unsolennen Vorverhandlungen als solchen zu erkennen gegeben hatte, wie stets bei der in jure cessio, fragte: anne tu contra vindices[19]), so wird auch der Praetor vor dem Beginne der legis actio sacr. dem Kläger die Frage vorgelegt haben: anne tu sacramento provoces, wofür auch die von Probus überlieferten Worte: si negat, sacramento quaerito sprechen, wenn man darin eine Anweisung an den Praetor erblickt, und nach der provocatio des Klägers an den Beklagten, der ja nun immer vorhanden ist, die Frage gerichtet haben: anne tu contra provoces; schwieg eine Partei auf diese Frage oder verneinte sie,

[18]) Lotmar zur legis actio sacr. in rem S. 57 hielt die Annahme der Herausforderung für nöthig, in den Krit. Stud. aber S. 97, 98 ist er davon abgegangen. So auch Brinz: zur Contravindication S. 113.

[19]) Gajus II, 24; s. Voigt XII Tafeln II § 74 N. 24.

so galt sie als in jure confessus. Später scheinen diese processleitenden Fragen des jus dicens als überflüssige in Wegfall gekommen zu sein, und daraus würde es sich erklären, dass die Provocationsformel des Beklagten zu Gajus Zeit nur lautete: et ego te, wenn diese Worte wirklich Formelworte sind und nicht etwa Gajanisches Referat[20]), während so die Antwort auf die praetorische Frage nicht gut gelautet haben kann.

Nachdem ich festgestellt habe, dass die Eidesleistung nicht in den Provocationsact, die eigentliche legis actio sacr., fiel, würde ich nunmehr auf den Act der Eidesleistung selbst, auf Ort und Zeit derselben und ihr Verhältniss zum gerichtlichen Processe einzugehen haben; doch will ich vorher noch die Frage nach dem Zwecke der prov. sacr. erledigen. — Man ist, gleichviel, was man unter dem sacramentum verstand, von der Voraussetzung ausgegangen, dass es dem natürlichen und sachgemässen Verlaufe des Processes entsprechend gewesen wäre, wenn auf die Rechtsbehauptungen der Parteien, auf die legis actio per man. inj., unmittelbar das Beweisverfahren gefolgt wäre, eine Ansicht, welche übrigens schon Cicero pro Mur. c. 12 § 26 ausgesprochen hat. Unter dieser Voraussetzung erschien die prov. sacr. als etwas Ueberflüssiges und daher Wunderbares, als ein des inneren Zusammenhanges mit den Parteiinteressen am Processe entbehrender Act, welcher, anstatt der Erledigung der Streitfrage zu dienen, eine neue einführte, und man suchte nun nach einem äusseren Grunde, aus welchem diese neue Rechtsfrage künstlich mit dem Parteiprocesse verknüpft worden sei. Diesen Grund glaubte man darin zu finden, dass ohne solche prov. sacr. die eigentlich richterliche Thätigkeit, die Untersuchung und Entscheidung der in jure festgestellten Rechtsfrage, nicht hätte in Bewegung gesetzt werden können, dass also ohne sie der Rechtsweg verschlossen gewesen sei. So in der Grundidee zusammentreffend, lauten die verschiedenen Erklärungsversuche verschieden[21]); aber kein

---

[20]) s. darüber Eisele in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 19 S. 515, und gegen ihn Lotmar Krit. Stud. S. 104.

[21]) s. Stintzing über das Verh. der legis actio sacr. z. d. Verfahren d. sponsio praejud. S. 11. Huschke „Gajus“ S. 166. Muther Sequestr. S. 132

einziger hat überwiegende Anerkennung gefunden. In der That kann keiner befriedigen, weil jene Voraussetzung eine irrige ist. Die prov. sacr. reiht sich nicht bloss äusserlich in den Process ein, sondern steht mit diesem in einem gewissen Causalnexus, weshalb sie einen sachgemässen Fortschritt des Processes darstellt[22]). Ihr Sinn und Zweck ist nicht der, das Verfahren in judicio erst zu ermöglichen, also den Process fortzuspinnen, sondern im Gegentheil der, den Gegner durch die Herausforderung zur eidlichen Bekräftigung seines (besseren) Rechtes mit Rücksicht auf die Folgen eines Falscheides von leichtsinniger oder gar böswilliger Processführung abzuhalten, seinen Widerspruch zu brechen, ihn zur Anerkennung des von der andern Seite behaupteten Rechtes zu bewegen und so das Streitverhältniss mit einem Schlage aus der Welt zu schaffen. Sie war eine Mahnung an den Gegner, sich noch einmal zu prüfen, ob er mit gutem Gewissen und um den Preis eines Eides seinen Anspruch gegenüber dem entgegenstehenden der andern Partei aufrecht erhalten könne[23]), ob er sich der Gefahr eines Falscheides und seiner Folgen aussetzen wolle. Sie war also ein Mittel, den Process in summarischer Weise ohne umständliches Beweisverfahren zu beenden, nicht umgekehrt ein Mittel, dieses zu eröffnen. Provocirte der Beklagte nicht seinerseits, so galt er, wie schon gesagt, als confessus, und der Process musste sich sofort zu Gunsten des Klägers entscheiden. Und wollte der Beklagte auch nach der provocatio des Klägers noch nicht zurücktreten, so konnte er es immer noch nach der Eidesleistung des Klägers. Aber auch der Kläger konnte auf die provocatio des Beklagten hin seinen Anspruch aufgeben. Schultze[24]) hat mit Recht darauf hingewiesen, dass das alte sacramentum in dem späteren jus jurandum in jure delatum fortgelebt hat, dass dieses jenem in

(über sie Danz der sacrale Schutz S. 163 ff.); Danz a. a. O. S. 166 und (ihm sachlich nahestehend) Huschke Multa S. 382 (über sie Schultze Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung I S. 511).

[22]) In gewisser Weise hat dies Danz a. a. O. S. 165 selbst erkannt.

[23]) Cic. de off. III c. 31 § 111: nullum enim vinculum ad adstringendam fidem jure jurando majores artius esse voluerunt.

[24]) A. a. O. S. 512 ff.

der Hauptsache, nämlich in der Idee, nachgebildet ist. Freilich bestand zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied darin, dass es zufolge der delatio nur zu einem Eide, dem deferirten oder referirten, kommen konnte, dass es sich immer nur um die Leistung eines Eides handelte, während die prov. sacr doppelseitig sein konnte, daher auch beide Parteien zu einem Eide zugelassen wurden. Demgemäss erreichte die delatio stets ihren Zweck: summarische Beendigung des Processes in jure, die prov. nur dann, wenn der Beklagte nicht auch provocirte oder doch seinen Eid nicht leistete, und insofern lag in der neuen Einrichtung der einseitigen delatio mit gestatteter relatio eine wesentliche Verbesserung des Processverfahrens, welche den Römern alle Ehre macht. Aber der Zweck beider Institute ist der gleiche: die Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit des klägerischen Anspruches sofort ausser Zweifel zu setzen, formelle Wahrheit zu erlangen. Wenn also das Ziel der prov. sacr. Beendigung des Rechtsstreites war, so suchte sie dasselbe nicht mittelbar, wie man früher annahm, dadurch zu erreichen, dass sie zum Verfahren in judicio führte, sondern unmittelbar, so dass dieses Verfahren erspart wurde. Dass trotzdem das Verfahren in judicio nöthig werden konnte, war eine Folge der Mangelhaftigkeit des Provocationsverfahrens; es kam zum Verfahren in judicio, nicht eigentlich weil, sondern obgleich provocirt worden war, weil aber beide Parteien geschworen hatten.

Beschäftigen wir uns uns jetzt mit dem Acte der Eidesleistung, so war derselbe, da das sacr. nach Festus[25]) ein jusjurandum sacratione interposita war, ein sacraler Act. Wie unser sog. gerichtliches, besser processdienliches sacr.[26]) gelautet hat, wissen wir nicht; soviel aber kann als gewiss gelten, dass der Eid auf die Zuständigkeit oder Existenz des behaupteten subjectiven Rechtes gestellt war, daher er später mit der Profanirung des Rechtes jus jurandum genannt wurde, und dass, worin er sich von dem späteren jus jurandum unterscheidet, der Schwörende für den Fall eines geleisteten Falscheides sich

[25]) s. v. sacramento und Paul. Diac. s. v. sacramentum.

[26]) Im Gegensatze zum militärischen sacr.

der angerufenen Gottheit sacrirte.[27]) Aus diesem Inhalte des Eides, und zwar aus seinem ersten Theile, erklärt es sich, warum das sacr. justum oder injustum genannt wurde; denn es fragte sich, ob das beschworene subjective Recht auch dem objectiven entspricht, ob z. B. das beschworene dominium ein justum oder injustum war.[28]) Dies hat Huschke[29]) richtig erkannt. Aber weiter kann ich ihm auch nicht folgen; ich kann ihm darin nicht beistimmen, dass der sacrale Act der Eidesleistung ein gerichtlicher Processact gewesen wäre. Nach ihm begeben sich die Parteien unmittelbar nach der prov. sacr. auf Befehl des Praetors und unter Begleitung praetorischer Aufseher (in Vertretung des Praetors selbst) in das Heiligthum der Schwurgottheit, um hier die Eide zu leisten und darnach in das jus zurückzukehren. Auf diese Weise wurde die Einheit der Handlung vor dem Praetor durch das Verlassen des comitium nicht gestört, und die Eidesleistung ward als in jure geschehen angesehen, geradeso, wie wenn bei der vindicatio fundi der Praetor mit den Parteien sich auf das Grundstück Zwecks manus consertio begab oder später sie unter Begleitung von superstites viam ire et redire hiess, um (wirklich, nachher scheinbar) eine Erdscholle vom Grundstücke zu holen. Allein diese Parallele trifft nicht zu; bei der vindicatio fundi wird das jus, die Gerichtsstätte, auf den fundus verlegt, weil für die man. inj. die Gegenwart des Streitobjectes in jure erforderlich war. Dass aber die weltliche Obrigkeit an der Leistung des sacr., d. h. an einem sacralen Acte, bei welchem es sich nicht um öffentliche, sondern um private, wenn auch Processzwecke und -interessen handelt, irgend einen Antheil gehabt hätte, ist nicht anzunehmen. Competent zur Abnahme des processdienlichen sacr. ist wie überhaupt zur Vornahme sacraler Handlungen jedenfalls nur das Priestercollegium, hier das der Schwurgottheit,[30]) die Leistung des sacr. gehört also in erster Linie

[27]) Huschke Multa S. 378 wird ungefähr das Richtige getroffen haben.

[28]) Wie man auch eine possessio justa und injusta unterschied.

[29]) Multa S. 438 ff.

[30]) Für das eigenthümliche militärische sacr. ist der Feldherr in seiner Eigenschaft als ein mit Auspicien versehener weltlicher Magistrat zuständig.

in das Amt der Priester.[31]) Der Praetor konnte daher nicht nur nicht die Eide abnehmen, sondern auch nicht einmal das Priestercollegium zur Eidesabnahme ermächtigen, ihm dieselbe übertragen: es wurde auf Grund eigener und ausschliesslicher Competenz und nach eigenem Befinden in der Sache thätig. Nun wäre es allerdings an sich denkbar, dass der weltliche Magistrat wenigstens dabei mitwirkt. Indessen sind nach Marquardt[32]) die Fälle, in denen die Staatsbehörden bei sacralen Acten fungiren, mit wenigen Ausnahmen ausserordentliche. Ausserordentlich ist nun unser Fall gewiss nicht; aber freilich kommt gerade bei der sacratio oder consecratio eine Mitwirkung des weltlichen Magistrats vor. Allein diese greift doch nur dann und insofern Platz, als der Magistrat im Namen des Staates eine Sache dedicirt oder etwa eine Person devovirt, und als er dann an dem sacralen Acte selbst thätigen Antheil nimmt. In unserem Falle aber veranlasst unmittelbar nicht der Staat, sondern der Schwörende selbst seine (bedingte) sacratio, dieser dedicirt sich selbst, und es findet daher hier ebensowenig eine magistratische Mitwirkung statt, als wenn ein Privater eine (bewegliche) Sache auf eigene Faust dedicirt. Was soll auch der Praetor dabei? Er könnte höchstens Solennitätszeuge sein und die Rolle eines stummen Zuschauers spielen, was ganz unwahrscheinlich ist. Der Praetor steht daher ganz ausserhalb des Actes der Eidesleistuug; er gilt für ihn nur als ein Privatact; er ist kein eigentlicher Processact und vollzieht sich daher auch nicht in jure. Zwar wenn man unter Process die Summe oder den Inbegriff aller den Rechtsstreit betreffenden Handlungen versteht, so könnte man auch den sacralen Act der Eidesleistung wohl einen Theil des Processes nennen, aber jedenfalls nicht einen Theil der gerichtlichen Verhandlung; er ist, wenn Processact, so ein aussergerichtlicher. Nun wäre es aber noch möglich, dass der Praetor dem zuständigen Priestercollegium amtlich mittheilte, dass die Abnahme der Eide der beiden bestimmten Parteien gesetzlich zulässig sei. Denn allerdings hat die Eidesleistung in unserem

---

[31]) Marquardt Röm. Staatsverw. III S. 270 ff. (2. Aufl. von Wissowa)

[32]) A. a. O. S. 256.

Falle einen Process, näher die processuale prov. sacr. zur nothwendigen Voraussetzung. Der Private kann nicht ohne Weiteres nach seinem freien Willen ein sacr. leisten und damit sich selbst sacriren, sondern dazu ist wie zu jeder sacratio oder consecratio die auctoritas populi Romani erforderlich, d. h. es musste im einzelnen Falle eine lex gegeben werden, oder es musste für bestimmte Fälle bereits eine generelle lex bestehen, welche die sacratio für zulässig erklärt. Die Stelle der lex nimmt aber in ältester Zeit der mos ein, und ein solcher bestand zum Mindesten von je für das processdienliche sacr.[83]) Demnach hatten die zuständigen Priester zunächst die Zulässigkeit des Eides zu prüfen; sie mussten die Gewissheit haben, dass die von einer oder beiden Parteien beantragte Eidesleistung auf Grund der legis actio sacr. geschieht. Es wäre daher an sich denkbar, dass die Priester diese Gewissheit durch die Aussage praetorischer Unterbeamten erhielten. Allein ein solcher amtlicher Verkehr zwischen Priesterschaft und Magistrat ist nicht gut anzunehmen; die officielle Mittheilung wäre überdies überflüssig für den Fall, dass keine Partei zur Eidesleistung erscheint. Steht der ganze Process unter dem Principe des freien Processbetriebes, so wird es auch für die Vornahme der Eidesleistung gelten, so wird es auch Sache der Parteien sein, für die Beschaffung des nöthigen Beweismaterials ihrer Zulässigkeit zu sorgen. Dies war ihnen aber nach der ganzen Processeinrichtung stets zur Hand: es waren die fünf Solennitätszeugen, welche dem Processe von Anfang an beiwohnten und am Schlusse desselben mittels litis contestatio aufgerufen wurden. Der Praetor brauchte sich also um den Act der Eidesleistung gar nicht zu kümmern, es war ihm gleichgiltig, ob Eide geleistet wurden oder nicht; er befiehlt daher weder den Parteien zu den Priestern zu gehen, noch giebt er ihnen superstites mit, noch setzt er sich amtlich mit den Priestern in dieser Sache in Verbindung; sie ist ihm vollständig fremd, da Alles den Parteien überlassen bleibt. Die Eidesleistung steht in gar keinem äusseren Zusammenhange mit dem gerichtlichen Processe.

[83]) Huschke Multa S. 376, 377.

Ist dies so, dann kann das Verfahren in jure nach der beiderseitigen prov. sacr. nicht durch die aussergerichtliche Eidesleistung unterbrochen, seine Einheit nicht gestört werden; es musste erst zu einem bestimmten Abschlusse gebracht, es mussten noch manche Acte in jure erledigt werden, bevor die Parteien an den Betrieb der Eidesleistung gehen konnten. Daher schlossen sich an die legis actio sacr., d. h. an die prov. sacr. unmittelbar die übrigen Acte an, welche der Praetor vorzunehmen oder für deren Vornahme er zu sorgen hatte; dahin gehört namentlich die Vindicienertheilung und die Entgegennahme der praedes litis vindiciarum, ferner die comperendinatio, derzufolge die Parteien sich gegenseitig auffordern, am dritten Tage wieder in jure zu erscheinen, und die litis contestatio, d. i. der Aufruf der Zeugen über Inhalt, Verlauf und Abschluss des Verfahrens in jure. Die letzten beiden Acte erhalten nun auch durch den Zusammenhang mit der Eidesleistung ihre Erklärung. Von der Verwendung der Litiscontestationszeugen für dieselbe habe ich schon gesprochen; die comperendinatio aber stellt die Eröffnung des Verfahrens in jure am dritten Tage deshalb in Aussicht, weil der Zwischentag, für welchen man sonst keine genügende Erklärung hat, für die Eidesleistung und das sich eintretendenfalls an sie anschliessende judicium über die Rechtmässigkeit der Eide bestimmt war, weil abzuwarten war, welche Folgen die prov. sacr. haben würde, bevor der Praetor wieder in der Sache thätig werden konnte.

Auf welche Weise aber die Parteien die Eidesleistung betrieben, ist ungewiss; doch ist es das Wahrscheinlichste, dass sie sich, analog der comperendinatio, noch in jure denuntiirten, am folgenden Vormittage vor dem zuständigen Priestercollegium zu erscheinen; denn ein bestimmter Termin musste auch für die Eidesleistung angesetzt werden. Ja, es fragt sich, ob nicht die (com)perendinatio im eigentlichen und ursprünglichen Sinne eine denuntiatio auf den folgenden Tag anstatt einer solchen auf den dritten Tag sei; wenigstens scheint sowohl die Etymologie, welches auch die richtige sein mag[34]), darauf zu führen, als auch ist diese Bedeutung in einer

[34]) s. die Nachweise bei Karlowa Röm. Civilpr. S. 362 N. 1.

guten und zudem älteren Quelle, nämlich bei Plautus Trin. V, 2, 64, 65 zweifellos[35]). Indessen würde es zuweit führen, diesem dunklen Punkte hier eine grössere Aufmerksamkeit zuzuwenden[36]); genug, eine denuntiatio auf den folgenden Tag Zwecks Ableistung der beiderseits geforderten Eide neben einer solchen auf den dritten Tag Zwecks Wiederaufnahme und Weiterführung des Verfahrens in jure kann m. E. nicht gefehlt haben.

Was nun aber die Eidesleistung selbst betrifft, so sind drei Fälle möglich. Entweder erscheint keine Partei[37]) vor dem Priestercollegium; dann haben die Parteien den Process aufgegeben, sei es nun, dass eine Partei von ihrer Rechtsverfolgung zurückgetreten ist, sei es, dass sie sich sonst irgendwie geeinigt haben. Diejenige Partei, welcher die Streitsache überlassen wird, kann sie sich noch vom Praetor addiciren lassen, damit sie ein rechtskräftiges Urtheil erhält. — Oder es erscheint nur eine Partei mit ihren Zeugen vor dem Priestercollegium. Ob noch mit der Eidesleistung derselben bis zum Mittage gewartet wird, ähnlich wie eine Versäumniss des Termins in jure auch erst nach der Mittagsstunde angenommen wird, ob nachher die unentschuldigt säumige Partei mit ihrem Eide ausgeschlossen wird, dürfte schwer zu entscheiden sein; doch scheint es das Zweckmässigste zu sein, anzunehmen, dass die Eide nicht getrennt, sondern in einem Acte geleistet wurden, damit unmittelbar darauf das priesterliche Ermittelungsverfahren, utrius sacr. justum sit, in Gegenwart der Parteien und ihrer Zeugen stattfinden konnte. Jedenfalls dürfte nach meiner obigen Annahme, dass die Parteien sich noch in jure zum Erscheinen vor dem Priestercollegium am folgenden Tage mittels denuntiatio aufforderten, obige Praeclusivfrist für die

---

[35]) vgl. auch noch Salem. gloss. s. v. comperendinatio: recrastinatio und comperendinat: differt in alium diem vel in longum mittit sive procrastinat.

[36]) s. darüber Karlowa a. a. O. S. 360 ff. und eine abermalige kurze Bemerkung weiter unten.

[37]) also auch kein Zeuge; denn die Zeugen jeder Partei erscheinen immer nur als ihre Begleiter.

Eidesleistung zu statuiren sein. War aber nur eine Partei innerhalb der bestimmten Frist erschienen, so ward sie auf ihren Antrag hin vereidigt, und die Ableistung des von ihr durch die prov. sacr. geforderten Eides war durchaus nöthig, wenn anders sie ein praetorisches Urtheil in der Sache haben wollte. Vor dem Praetor hätte sich keine Partei bloss darauf berufen können, dass die Gegenpartei den Termin vor dem Priestercollegium versäumt habe; war einmal jede Partei von der andern sacr. provocirt, so blieb die prov. sacr. um nichts weniger in Kraft, auch wenn die Gegenpartei der an sie gerichteten prov. nicht nachkam, so musste diejenige Partei, welche von Neuem des Praetors Hilfe in Anspruch nehmen wollte, unweigerlich der provocatio nachkommen und ihre Rechtsbehauptung beschwören; sonst konnte der Praetor sie nicht als formell wahr anerkennen und auf sie sein Urtheil gründen. Die Eidesleistung ist die Grundlage und Voraussetzung für die weitere praetorische Thätigkeit in der Sache. — Die dritte Möglichkeit ist die, dass beide Parteien mit ihren Zeugen zur Eidesleistung rechtzeitig erscheinen. Besteht der Kläger auf diese, so wird er zuerst vereidigt; tritt hierauf der Beklagte nicht zurück, so wird auch ihm der Eid abgenommen, und nun muss sofort der priesterliche Gerichtshof das Ermittelungsverfahren über die Rechtmässigkeit bezw. Unrechtmässigkeit der beiden Eide eröffnen. Auch an diesem nehmen die beiderseitigen Solennitätszeugen Theil; denn sie mussten später erforderlichenfalls in jure bezeugen, dass das sacr. ihrer Partei als justum, das der Gegenpartei als injustum vom judicium ermittelt sei. Es wird nun das Gewöhnliche gewesen sein, dass diejenige Partei, welche die Eidesleistung verabsäumt hatte, oder deren sacr. als injustum befunden war, gar nicht erst in jure erschien, ebensowenig wie ihre Zeugen, sondern nur diejenige Partei, welche ihren Eid geleistet hatte, bezw. welche im judicium gesiegt hatte. Durch deren Zeugen nahm der Praetor Kenntniss von der geschehenen Eidesleistung, bezw. von dem Siege der erschienenen Partei, und auf den Antrag der letzteren erliess der Praetor zu ihren Gunsten das Versäumnissurtheil in Form der litis addictio. Aber auch wenn die Gegenpartei in jure noch erschien, so änderte dies doch

an dem praetorischen Urtheil nichts, wie wir später sehen werden; es mag sein, dass auch deren Zeugen dann noch vom Praetor vernommen wurden; aber die litis addictio zu Gunsten der andern Partei erging auch in diesem Falle.

Wir sehen also, dass, worauf es hier hauptsächlich ankommt, der Act der Eidesleistung zwar ein Theil des Processes als eines Ganzen ist und zu seiner schleunigen Erledigung eigens berufen ist, dass er aber ausserhalb des jus vor sich geht, also kein gerichtlicher Processact, sondern vom Standpunkte des Praetors ein privater Rechtsact ist, welchem er ganz fern steht. Das Gerichtsverfahren mit dem sacralen Acte und wiederum diesen und das sich etwa an ihn anschliessende Sacramentsverfahren mit dem späteren Verfahren in jure zu vermitteln, war Sache der Parteizeugen; ein unmittelbarer Verkehr zwischen Praetor und Priestercollegium fand nicht statt. An eine Einheit der Handlung nach Ort und Zeit im Sinne Huschkes ist also nicht zu denken. Das Verfahren in jure wird, soweit nöthig und möglich, nach der prov. sacr. weiter geführt und dann sistirt, damit am andern Tage vor dem Priestercollegium, also wohl im Heiligthume, die Eidesleistung vor sich gehe, und erst nachdem die ganze sacrale Frage erledigt ist, welche ja für die civile Rechtsfrage praejudicirend ist, wird diese in jure wieder aufgenommen und entschieden. Den Praetor geht allein die civile Rechtsfrage an; der sacrale Act der Eidesleistung gehört vor die Priester. Wenn man längst erkannt hat, dass in alter Zeit die Priester in einer gewissen Beziehung zum Verfahren der legis actio sacr. gestanden haben, so ist diese Beziehung jetzt fürs Erste klargestellt; ihre Erklärung liegt in der ursprünglichen Eidesnatur des sacr. Gleichzeitig aber erkennen wir den Grund für die Scheidung des Processes in ein Verfahren in jure und in ein solches in judicio, wie es in historischer Zeit üblich ist; sie schreibt sich aus dem alten Verfahren her, in welchem noch wirkliche Eide geleistet wurden. Um diese Thatsache richtig zu würdigen, brauchen wir nur die weitere Thätigkeit des Priestercollegiums nach der doppelten Eidesleistung näher ins Auge zu fassen. Es ist schon vorher gesagt worden, dass, falls beide Parteien vor den Priestern geschworen hatten, diese das Ermittelungsverfahren anstellten, utrius sacr. justum, utrius injustum ist. Dies ist bekanntlich

die Frage, deren Entscheidung dem besonderen judicium überwiesen wird, und wir ersehen daraus, dass das judicium in alter Zeit der geistliche Gerichtshof war. Wie das Priestercollegium allein für die sacrale Eidesleistung competent ist, so ist auch die aus der doppelten Eidesleistung entspringende Frage, welche Partei einen Falscheid begangen hat, eine sacralrechtliche und unterliegt als solche nicht der weltlichen Jurisdiction des Magistrates, des consul als des alten praetor, sondern der priesterlichen.[37a]) In dem Umstande, dass aus Anlass einer civilen Rechtsfrage eine sacrale entstehen kann, und dass für beide Fragen verschiedene Organe des römischen Staates competent sind, liegt der Grund für die Theilung des Sacramentsprocesses in ein Verfahren in jure und in judicio, wie sie auch später nach dem Wegfall des priesterlichen judicium beibehalten worden ist. Aber freilich fand diese Theilung in alter Zeit auch dann statt, wenn es gar nicht zum judicium kam, weil nur ein Eid geleistet war; denn schon der Act der Eidesleistung allein macht die Trennung des Processes erforderlich. Nun aber dürfen wir annehmen, dass diese Trennung des wohl bis in die ältesten Zeiten des römischen Staatswesens zurückreichenden Sacramentsprocesses in der Königszeit noch nicht existirt hatte oder wenigstens nicht nöthig war[38]), dass vielmehr der König selbst den ganzen Process einschliesslich des späteren sog. Verfahrens in judicio leiten und ohne Unterbrechung erledigen konnte. Aber diese Thatsache spricht nicht gegen, sondern für unsere obige Meinung. Denn da der König weltlicher Jurisdictionsmagistrat und pontifex maximus in einer Person und mithin für rein civilrechtliche oder profane und sacrale Rechtsfragen zugleich zuständig war, so war eine Trennung des Processes durch keine sacralen Rücksichten geboten. Der König hatte zwar das Recht, aber nicht die Pflicht, vielleicht den ganzen Process, gewiss die Eidesabnahme und die Frage nach der Rechtmässigkeit der Eide seinem ständigen Beirathe, d. h. dem hohen Priestercollegium, zu überweisen[39]), und machte er davon Gebrauch, so that er dies auf Grund

[37a]) vgl. z. B. Plautus Rud. V, 3, 21: tun meo pontifex perjurio es?
[38]) Dernburg (Heidelberger) Krit. Zeitschr. I S. 459.
[39]) Puntschart a. a. O. (N. 15) S. 30.

eigener Competenz, d. h. so delegirte er seine eigene sacralrechtliche Jurisdiction. Dies änderte sich mit der Einführung der republicanischen Verfassung und der in ihr principiell ausgesprochenen stricten Trennung von Staat und Kirche, von weltlicher Gewalt und priesterlichem Amte. Die weltliche Jurisdiction ging auf die Consuln, die sacralrechtliche auf die pontifices über, und diese Theilung der Competenzen musste den bisher an sich einheitlichen und continuirlichen Process in ein nach Ort und Zeit verschiedenes Verfahren in jure und in ein solches in judicio, d. h. vor dem priesterlichen Gerichtshofe[40]), zerreissen, machte die Trennung zu einer staatsrechtlichen Nothwendigkeit. Freilich indem darnach dem Consul nur die Leitung der legis actio, den Priestern dagegen im judicium die eigentlich richterliche Thätigkeit zufiel, erklärt es sich, dass die Priester die wahren Träger der juris peritia waren und sein mussten, und dass daher auch auf sie die königliche potestas legum interpretandarum in Civilrechtssachen überging[41]). Gerade aber die Thatsache, dass die Theilung des Processes erst in die republicanische Zeit fällt, macht es wahrscheinlich, dass noch in der ersten Zeit der Republik wirklich Eide geleistet wurden, und dass die Wandlung, welche sich hinsichtlich des sacr. vollzog, und derzufolge an die Stelle der Eidesleistung die Deponirung fixer Geldsummen trat, wie sie nach Gajus IV, 14 die XII Tafeln festgesetzt hatten, nicht schon ein Werk der jungen Republik war, sondern sich erst aus der späteren pontificalen Praxis entwickelte, wenn man die Neuerung nicht etwa den Decemvirn selbst zuschreiben will. Wäre sie mit der Republik selbst gleichaltrig, so wäre kein zwingender Grund einzusehen, aus welchem das Verfahren in judicio dem Praetor entzogen worden wäre. Allerdings mit ihrer Einführung, mit der Verweltlichung des Sacramentsprocesses war

---

[40]) d. h. vor dem jeweilig delegirten Einzelpriester; Puntschart S. 41 ff. Aus L. 2 § 6 D. 1, 2, wonach dieser privatis (sc. judiciis) praeerat, zieht Puntschart den falschen Schluss, dass er dem Civilgerichte überhaupt vorstand, also auch über dem Praetor stand, dass daher nicht der Praetor, sondern der Priester eine neue Klage zu gewähren oder zu versagen hatte u. s. w. Der Priester stand nur dem judicium vor, nicht dem jus.

[41]) Puntschart a. a. O. S. 88 ff.

der für die Theilung massgebende Grund weggefallen, und es hätte demnach nichts im Wege gestanden, auch das Untersuchungsverfahren wieder dem jus zurückzugeben, wie es in der Königszeit war; allein dies wäre eine fundamentale Umgestaltung des Processes gewesen, und wir wissen, dass die Römer nicht jäh und ohne Noth das Althergebrachte, dessen Verständniss ihnen ohnehin abging, umstürzten; auch wagte man noch nicht, den Priestern durch die Entziehung der Einnahmen des Tempelschatzes zu nahe zu treten. Die Gewohnheit liess daher die Theilung des Verfahrens bestehen; nur vollendete man noch später das Werk der Verweltlichung des Processverfahrens, indem man an die Stelle des priesterlichen Gerichtshofes, dessen Competenz nun allerdings unerfindlich war, den weltlichen Centumviralgerichtshof[42]) setzte, womit die Neuerung Hand in Hand geht, dass die Sacramentssummen nicht mehr in den Tempelschatz, sondern in das Aerar flossen.

Um nun auf das Verfahren in judicio, für welches, wie wir gesehen haben, nur der priesterliche Gerichtshof competent war, näher einzugehen, so haben wir seine Bedeutung im Allgemeinen und insbesondere für den Process zu prüfen. Danz[43]) und Huschke[44]) haben die Ansicht geäussert, dass dieses Verfahren eigentlich und in erster Linie durch das eigenste Interesse des Staates, nicht das der Parteien und ihres Streitverhältnisses, geboten gewesen sei. Danz, von dem Huschke in der Begründung nur betreffs des übrigens von ihm nicht richtig erfassten Ausgangspunktes abweicht, entwickelt diese Ansicht in folgender Weise. Wenn beide Parteien ihre entgegenstehenden Rechtsbehauptungen beschworen haben, so ist nothwendig von einer Partei zum Mindesten ein objectiver Falscheid, vielleicht sogar ein Meineid geleistet worden. Jeder falsche Eid ist ein Frevel gegen die Gottheit und macht nicht bloss den Frevler zum impius, sondern lädt auch die ira deorum auf den Staat als die sacrale Gemeinschaft, welcher

---

[43]) Dieser scheint für jede einzelne Sache immer nur eine Decurie, die decemviri, bestellt zu haben.

[43]) Der sacrale Schutz S. 166, 203.

[44]) „Gajus“ S. 166, Multa S. 388.

der Frevler angehört. Es ist also die im Interesse der Selbsterhaltung gebotene Pflicht des Staates, sich von dem an ihm haftenden Frevel zu reinigen, und die Sühnung besteht darin, dass der Staat entweder für die Entsühnung, expiatio, des Missethäters selbst sorgt, was nur beim fahrlässigen Falscheide möglich ist, oder ihn durch exsecratio aus seiner sacralen Gemeinschaft ausdrücklich ausscheidet, was stets beim Meineide der Fall ist, was aber beim fahrlässigen Falscheide auch dann anzunehmen sein wird, wenn sich etwa der Frevler nicht expiiren lassen will. Muss also in jedem Falle der Staat sich selbst expiiren, wenn zwei entgegenstehende Eide geleistet sind, so erheischt es das eigene Interesse des Staates, festzustellen, welche Partei einen falschen Eid abgelegt hat, eine Aufgabe, welche dem Priester als einem Organe des Staates obliegt. Daher findet dieses Ermittelungsverfahren in judicio in erster Linie und hauptsächlich im Staatsinteresse statt; nur nebenbei wirkt die auf Grund desselben getroffene Entscheidung auf den Parteiprocess zurück.

M. E. hat Danz hiermit das Richtige getroffen; nun verstehen wir, warum das Verfahren in judicio vor den priesterlichen Gerichtshof gehört; gleichzeitig ersehen wir aber auch, dass und warum dieses Verfahren nur im mittelbaren Zusammenhange mit dem Processe steht. Die von Danz erkannte ursprüngliche Natur des Verfahrens in judicio hat dasselbe solange gehabt, als Eide geleistet wurden; es hat sie gehabt in der Königszeit, obgleich sie hier nicht so deutlich hervortritt, weil der König kraft seiner doppelten Competenz den Process nicht aus der Hand zu geben brauchte, und noch in der ersten Zeit der Republik, wo die Scheidung des Processes nöthig ward. Nur von der letzteren sprechen wir hier. Wie für die Eidesleistung, so war auch für das sog. Sacramentsverfahren der priesterliche Gerichtshof allein competent, weil es galt, eine sacrale Frage zu untersuchen und zu entscheiden. Er eröffnete also aus eigenem Antriebe und eigener Machtvollkommenheit dieses Verfahren; von einer Delegation der jurisdictio Seitens des Praetors an ihn kann nicht die Rede sein, weil der Praetor keine Competenz in Sacralrechtssachen besass. Mithin geht den priesterlichen Gerichtshof der Process gar nichts an; nicht um ihn, um das Parteiinteresse, sondern um das davon ganz

unabhängige Staatsinteresse handelt es sich. Der Process ist zwar unmittelbarer Anlass zur Eidesleistung und Voraussetzung für diese, aber nicht unmittelbarer Anlass zum Sacramentsverfahren; dieser liegt vielmehr lediglich in der doppelten Eidesleistung. Zweck des Verfahrens in judicio ist für die Priester nur die Sühnung des Staates von einem ihn betreffenden facinus commissum, sei es durch expiatio, sei es durch exsecratio des Thäters; was darüber hinaus liegt, was sonst etwa noch ihre Entscheidung für Wirkungen hat, ist den Priestern gleichgiltig. Nun dient allerdings nebenher und gleichsam zufällig das sacrale Ermittlungsverfahren anderen Zwecken, nämlich denen des Processes, und insofern kommt ihm eine doppelte Bedeutung zu, eine essentielle und eine accidentelle; es ist zugleich ein Ermittelungsverfahren für das priesterliche Expiations- oder Exsecrationsverfahren und ein Beweisverfahren für den Process. Beide sich ganz fremde Proceduren können nach dem Schlusse des Verfahrens in judicio beginnen, bez. ihren Fortgang nehmen, die erstere kann es sofort oder später, für die letztere steht am folgenden Tage Termin an. Das priesterliche Verfahren erledigt mit der einen Frage: utrius sacr. justum sit mittelbar zwei Rechtsfragen, welche aber auf zwei verschiedenen Gebieten, das eine auf sacralem und öffentlichrechtlichem, das andere auf profan-civilrechtlichem liegen und daher fundamental verschieden sind. Mit der Entscheidung, welche Partei das beschworene bessere Recht auf die Streitsache bez. auf deren Besitz hat, sind die zwei Fragen mit einem Schlage gelöst: wer ist der Gottheit obstrictus und daher nach Befund zu expiiren oder zu execriren? und: wer muss Besitzeigenthümer sein und daher die Sache addicirt erhalten? Das Ermittlungsverfahren ist also für den Process nur praejudiciell; weltlicher und sacraler Process haben zufolge einer communio incidens dasselbe Verfahren gemeinsam.[45]) Dem

[45]) Es ist daher ein arger Fehlgriff von Danz und Huschke, wenn sie beide Fragen in der Weise mit einander verquicken, dass sie den ganzen Parteiprocess auf das religiöse Gebiet hinüberspielen und die aus der Sentenz des Priesters angeblich folgende Verpflichtung des unterliegenden Vindicieninhabers zur Restitution des Streitgegenstandes an den Sieger als eine sacrale, zur expiatio gehörige construiren, wonach der in jure anhängig ge-

Praetor wird, weil in den Process ein sacrales Element hineingetragen wird, welches unter Umständen den priesterlichen Gerichtshof in Bewegung setzt, um die Wahrheit der beschworenen Rechtsbehauptungen der Parteien zu prüfen, das Beweisverfahren abgenommen; es wäre widersinnig, wollte der Praetor seinerseits noch einmal dasselbe Verfahren eröffnen, nachdem eine Entscheidung in derselben Sache von einem andern Gerichtshofe, wenn auch aus einem andern, und zwar wichtigeren Gesichtspunkte, gefällt ist. Er beschränkt sich darauf, für den Process die Consequenzen aus dieser Entscheidung zu ziehen, welche die Priester zu ziehen natürlich keine Veranlassung, aber auch wieder keine Competenz hatten. Der vorher sistirte Process nimmt daher nach dem Schluss des Verfahrens in judicio seinen Fortgang, um nun zum Ende zu gelangen.

Das dem Verfahren in judicio folgende priesterliche Expiationsverfahren hat für uns noch insofern ein Interesse, als es erklärt, wie man später unter Wegfall der Eidesleistung zu fixen Sacramentssummen gelangte, welche jede Partei für ihre Behauptungen einzusetzen hatte. Die expiatio setzt die Leistung eines piamentum, ursprünglich wohl in Vieh-, später in Kupfergeld, an die verletzte Gottheit bez. deren Tempelschatz voraus. Den Betrag desselben mögen in ältester Zeit die Priester je nach Lage des Falles bestimmt haben; doch werden sie schon frühzeitig zu festen, im Voraus generell bestimmten Summen wenigstens für die gewöhnlichen Fälle gelangt sein, und dies gilt insbesondere von unserem Falle des processdienlichen sacr., betreffs dessen für die Höhe der Expiationssumme sich als natürlicher Massstab die bestimmte Werthshöhe des Streitobjectes ergab.[46]) Nachdem aber einmal solche feste Sacraments-, d. h. Expiationssummen eingeführt waren, da trat bald die materielle Seite der Sacramente, der Vermögensvortheil des Tempel- und priesterlichen Schatzes, mehr in den Vordergrund, so zwar, dass zunächst wohl die Parteien zur grösseren

---

machte profane Civilprocess einen Ausgang nähme, den gewiss Niemand erwartet, und der auch dadurch nur immer wunderbarer wird. dass die Execution wieder auf den civilrechtlichen Weg der man. inj. verwiesen wird.

[46]) Danz a. a. O. S. 100, 101.

Sicherheit für den Tempelschatz die Sacramentssummen noch vor der Eidesleistung im Heiligthume (ad pontem) deponiren mussten[47], dass aber dann mit der Zeit die Eidesleistung ganz überflüssig erschien, wenn nur den Priestern die Summe sicher war, welche ihnen für einen Falscheid verfallen würde. So bürgerte sich denn die Praxis ein, dass beide Parteien auf die prov. sacr. hin die bestimmten Sacramentssummen im Tempel deponirten, ohne dass sie erst noch Eide leisteten, aber gerade so, als ob sie Eide leisten würden, dass unter der Fiction der geleisteten Eide das priesterliche judicium, utrius sacr. justum sit, stattfand, und dass diejenige Partei, deren Rechtsbehauptung sich als unwahr erwiesen hatte, ihren Einsatz an den Tempelschatz als der Gottheit verwirkt verlor, während die Gegenpartei den ihrigen als nicht der Gottheit verfallen abheben konnte. Der Effect nach der materiellen Seite hin, welche die Hauptsache geworden war, war auf diese Weise ebenso erreicht, wie wenn die verfallene Summe wirklich ein piamentum für einen Falscheid gewesen wäre, und man sparte sich und Andern den Act der doppelten Eidesleistung, auf den nun doch nichts mehr ankam, vielleicht um so lieber, als es dem nicht mehr in natürlicher Naivetät befangenen Zeitgeiste wenig sittlich erschienen sein mochte, erst einen Falscheid zu provociren, und wenig zweckmässig, um eines Privatprocesses willen den Staat selbst zum Theilnehmer des Delictes und seiner Folgen machen zu lassen. Man half sich mit einer Fiction, freilich nicht so, wie sie sich Danz S. 240 denkt, dass das blosse dictum: sacr. te provoco gewirkt hätte, wie wenn jurejurando interposito provocirt worden wäre, nicht bloss, weil so überhaupt nicht provocirt ward, sondern in der Weise, dass man die Fiction der Eidesleistung an die Deposition der Sacramentssumme anknüpfte. Wer sie deponirte, galt als schwörend, wer es nicht that, als eidverweigernd. Die verpflichtende Hauptsache blieb der Eid, wenn auch nur als fin-

---

[47]) Daran scheinen die Priester solange festgehalten zu haben, als ihnen überhaupt die Sacramentssummen zukamen; erst darnach scheint sich der Praetor mit dem Versprechen derselben unter Stellung von praedes sacr. begnügt zu haben.

girter[48]). Fictionen sind im Sacralrecht nichts Seltenes, und die Entwicklung des sacr. im Processe führt nothwendig zu der Annahme der bezeichneten Fiction. Sie erklärt es auch, dass die formelle Frage: utrius sacr. justum sit beibehalten ward, wie wenn noch über Eide geurtheilt ward. Aber freilich verschwand mit der Zeit auch das Bewusstsein dieser Fiction, und dies äussert sich in verschiedenen Neuerungen, sowohl darin, dass man das judicium dem priesterlichen Gerichte abnahm und an ein weltliches verwies, offenbar weil man kein sacrales Moment im sacr. mehr zu erkennen vermochte, und dass man gleichzeitig dem Tempelschatz das aerarium substituirte, als auch darin, dass man unter sacr. geradezu die eingesetzte Geldsumme verstand, um welche sich das judicium drehte. — Wenn die XII Tafeln feste Sacramentssummen anordneten[49]), so führten sie vermuthlich nicht neues Recht ein, sondern bestätigten längst bestehendes; aber daraus, dass das Civilgesetz der Römer diese Vorschrift enthielt, welche doch früher dem priesterlichen, d. h. sacralen Rechte angehört hatte, dürfen wir schliessen, dass zu jener Zeit nicht bloss keine Eide mehr geleistet wurden, sondern sich auch obige Fiction verloren hatte, ja das Sacramentsverfahren gänzlich verweltlicht worden war, wie denn auch das Centumviralgericht als das judicium zur Zeit der XII Tafeln anzusehen sein wird.

Mit dem Wegfall der Eidesleistung gewann aber das Verfahren in judicio eine andere Bedeutung, als die oben entwickelte; namentlich gilt dies für die letzte Periode, in welcher seine Verweltlichung vollständig durchgeführt ist. Zwar ward es immer noch von zwei Interessen begleitet, von dem der Priester- bezw. Staatskasse und dem der Parteien; aber während vordem das erstere das primäre und eigentlich treibende war, letzteres das secundäre und nur mittelbar geförderte, drehte sich jetzt das Verhältniss geradezu um. Die Frage, wessen Einsatz verwirkt sei, wurde von untergeordneter Bedeutung, ähnlich wie es heute die Frage nach der Tragung

---

[48]) Dies gegen Huschke Multa S. 439, der es für unmöglich hält, dass eine Eidesstrafe an einen nicht wirklich geleisteten Eid angeknüpft werde.

[49]) Gajus IV, 14.

der Processkosten ist; in den Vordergrund trat das Parteiinteresse. Dass dies namentlich für das Verfahren vor dem Centumviralgerichtshof zutrifft, ist schon daraus zu ersehen, dass man diesem den Beruf zuschrieb, über justum dominium, also über das Rechtsstreitverhältniss zu entscheiden[50]). Daraus ergiebt sich, dass, während früher das Sacramentsverfahren seiner wahren Natur nach kein Theil des Processes, sondern ein eigener und selbständiger sacraler Process war, welcher nur in seinem Ergebnisse mittelbar auf den gerichtlichen Process hinüberwirkte, es nunmehr eine wirkliche Fortsetzung dieses letzteren war. Als integrirender Theil des Parteiprocesses kann es nichts anderes als das Beweisverfahren gewesen sein, wie ich es schon oben hinsichtlich des sacralen Processes in seiner Rückwirkung auf den gerichtlichen Process ausgesprochen habe. War die prov. sacr. ein Mittel gewesen, den Process in schleuniger Weise ohne umständliche Beweiserhebung zu beendigen, und war dieser Versuch zufolge der doppelten Eidesleistung fehlgeschlagen, so blieb weiter kein Weg offen, zum Ziele zu gelangen, als der weitere des Beweisverfahrens, und dieses hätte ein gerichtliches sein müssen, wenn nicht andere Gründe es dem priesterlichen Gerichte angewiesen hätten. Dadurch aber, dass es diesem abgenommen und einem weltlichen Gerichte übertragen war, hat es diese Bedeutung nicht nur nicht eingebüsst, sondern kam sie ihm recht eigentlich zu, mag man auch den ursprünglichen Sinn der prov. sacr. nicht mehr verstanden und sie als einen geschichtlich gegebenen Processact einfach hingenommen haben. Der Gang des Processes erfordert ein eigenes Beweisverfahren ohnehin, seitdem dieses nicht mehr in einem andern Verfahren aufgegangen war. Man darf an dieser Auffassung des Verfahrens in judicio nicht dadurch irre werden, dass es vor einem besonderen Gerichtshofe, den Centumvirn, stattfand, und dass

---

[50]) Beiläufig bemerke ich: Weil auch nach der Einführung des Formularprocesses die legis actio sacr. für die dingliche Klage oder wenigstens für gewisse dingliche Klagen in Uebung blieb, nicht aber auch für persönliche Klagen, so ist hieraus zu folgern, dass auch schon vor dem Formularprocesse für letztere Klagen eine andere legis actio (oder einige andere) als die legis actio sacr. eingeführt und in Uebung gekommen war.

das formelle Beweisthema lautete: utrius sacr. justum sit. Beides erklärt sich aus dem alten priesterlichen Verfahren und ist propter veteris juris imitationem beibehalten worden; es war nur die äussere Form, an welcher man nichts änderte. Man schuf, da nun einmal der Praetor das Beweisverfahren nicht geleitet hatte, einen neuen Gerichtshof, welchen man mit seiner Erledigung betraute und eine eigene Competenz gab; später mag man hier eine ähnliche mandatio jurisdictionis Seitens des Praetors angenommen haben, wie im Formularprocesse an den judex privatus. Dass man aber jenen formellen Beweissatz unverändert beibehielt, rechtfertigt sich überdies noch dadurch, dass mit der prov. sacr. ein neues formelles Moment in den Process gekommen war, dass somit formell der Process selbst fortgeschritten war, und dass daher in diesem neuen Stadium der bestimmende Ausgangspunkt für den folgenden Processact liegen musste. Formell ward unter Beweis gestellt, wessen Einsatz gut sei, materiell, wessen Rechtsbehauptung wahr sei.

Halten wir daran fest, dass das Centumviralgerichtsverfahren, wie auch das priesterliche Sacramentsverfahren in seiner Bedeutung für den Parteiprocess, ein vor einem besonderen Gerichtshofe geführtes Beweisverfahren war, so ergiebt sich daraus die Bedeutung der vom judicium erlassenen sententia[51]); sie wird übrigens, dem Beweissatze entsprechend, gelautet haben: Auli Agerii sacr. justum, Numerii Negidii injustum esse videtur[52]). Sie stellt also nur fest, welche Partei für ihre Rechtsbehauptung nach der Meinung der Richter den Beweis erbracht hat; sie trifft keine Entscheidung in der Sache selbst und ist auch dazu gar nicht berufen. Sie kann also nicht Endurtheil gewesen sein; sie kann nicht den ganzen Process, sondern eben nur das Beweisverfahren beendet haben. Das Endurtheil muss demnach noch ausstehen, muss erst noch gefällt werden. Denn es wäre fürwahr ein wunderbares

[51]) Sententia ist die subjective Meinung. Ob dies Wort ursprünglich für priesterliche Entscheidungen technisch war, ist ungewiss; auch bei Liv. IV, 44, 12 heisst der Spruch des collegium der pontifices sententia.

[52]) Voigt XII Tafeln I § 61.

Processverfahren, welches mit der Beweisaufnahme und einem nur das Ergebniss derselben aussprechenden Judicat abschlösse, ein halbes Processverfahren, welches diejenige Partei, zu deren Gunsten die Beweisaufnahme ausgefallen ist, plötzlich im Stiche liesse und es den streitenden Parteien überliesse, die Consequenzen aus dem Judicat selbst zu ziehen, anstatt dass der Richter sie im Endurtheile selbst zum Ausdruck brächte. Freilich legt die jetzt noch herrschende Meinung dem alten Sacramentsprocesse solche Halbheit zur Last; sie lehrt: die Sentenz des judicium habe zwar formell über das streitige Recht nicht entschieden, aber sie enthalte doch materiell und mittelbar ein Urtheil über dieses selbst, welches diejenige Partei, welche falsam vindiciam tulit, zur Restitution des Streitobjectes an den Gegner verpflichtet, so zwar, dass es das Executionsverfahren per man. inj., sei es sofort[53]), sei es nach einem Nachverfahren Zwecks litis aestimatio, begründet hätte; daneben sei noch als anderes Executionsmittel die Verfolgung der Praeden möglich gewesen. Diese Meinung verkennt aber nicht bloss das Wesen der Sentenz des judicium, sondern steht auch mit den Quellen im Widerspruche, welche, wenn man nur die legis actio per man. inj. richtig versteht, d. h. allgemein als Vindicationsprocess auffasst, es direct bezeugen, dass der dingliche Sacramentsprocess, von dem ja die genannte legis actio nur ein Theil ist, auf die addictio hinauslief, und welche es auch sonst noch genügend erkennen lassen, dass in ihm ein wirkliches Endurtheil in der Sache selbst erging. Dieses Endurtheil ist, wie gesagt, die litis addictio[54]). Den Beweis hierfür, auf den ich nachher noch näher eingehen werde, glaube ich schon nach dem, was ich oben über die

---

53) So Voigt a. a. O. I § 54 S. 532, § 62 S. 600, 618; II § 152 S. 656.

54) Die legis actio sacr. in personam führte dementsprechend zu einer condemnatio oder absolutio des Beklagten. Dass auch die legis actio sacr. in rem mit einer condemnatio, und zwar einer pecuniaria, endete, was Mayer in seiner Schrift: ad Caji inst. comm. IV § 48 comm. zu beweisen sucht, ist nicht denkbar. Aber ebenso unrichtig ist es, wenn Stintzing in Krit. Zeitschr. III S. 357 die litis addictio auch als Endurtheil der actio in personam gelten lassen will.

legis actio per man. inj. gesagt habe, erbracht zu haben; er ist überdies schon überzeugend von Stintzing[55]), dem sich auch Huschke[56]) angeschlossen hat, geführt worden. Letztere Beiden haben allerdings den schon oft gerügten Fehler gemacht, dass sie dieses Endurtheil dem judex privatus, soll heissen: dem judicium[57]) zuschreiben; denn die addictio ist zweifellos ein praetorischer Act[58]), was wiederum am besten die actio judicati beweist. Dieser Fehler hat leider zur Folge gehabt, dass die Meisten die Meinung von Stintzing und Huschke ganz ablehnten[59]). Nur Muther[60]) hat sie, soviel ich sehe, unter Berichtigung in dem angeregten einen Punkte angenommen, ohne dass er damit wesentliche Beachtung oder Billigung gefunden hätte. Er bemerkt ganz richtig, dass das Amt des judex (richtiger des judicium) mit der pronuntiatio: illius sacr. justum esse videtur endigte. Die Richtigkeit dieser Bemerkung, für welche Muther den Beweis nicht angetreten hat, erhellt freilich erst aus der oben entwickelten geschichtlichen Bedeutung des Verfahrens in judicio. War dasselbe ursprünglich ein selbständiges priesterliches Ermittlungsverfahren zu selbständigem Zwecke und kein Theil des Parteiprocesses, war das Priestercollegium kein Organ der weltlichen Jurisdictionsbehörde, so konnte auch das im Parteiprocess ergehende Addictionsurtheil unmöglich in seinen Bereich fallen. Das Priestercollegium hatte es nur mit der specifisch sacralen Frage zu thun; der Parteiprocess war ihm ebenso fremd, wie dem

---

55) In seiner Schrift: über das Verhältniss der legis actio sacr. zu dem Verfahren durch sponsio praejud. S. 39 ff.

56) „Gajus" S. 168, Multa S. 450 ff.

57) Denn die lex Pinaria hat vermuthlich gar nicht den Einzelrichter eingeführt, wie gewöhnlich angenommen wird; s. Voigt XII Tafeln I § 61 N. 23.

58) Dagegen gebrauchen allerdings die Römer die Wendung: litem dare secundum oder contra alqm. von der sententia judicii oder judicis; die Belege s. bei Voigt XII Tafeln I § 55 N. 40.

59) Bekker Actionen I S. 76 zweifelt allerdings, ob das Urtheil des judicium auf das sacr. Bezug nehmen musste, oder ob es nicht auch in der Sache selbst entscheiden konnte.

60) Sequestration S. 143 ff. — S. 144 giebt er den Sinn der vielbesprochenen Stelle Gajus IV, 48 richtig an.

Praetor der sacrale. Der Centumviralgerichtshof trat aber genau an die Stelle des priesterlichen. Indem man trotz des Wegfalles der staatsrechtlichen Nothwendigkeit, welche die Trennung des Verfahrens in jure und in judicio herbeigeführt hatte, diese beibehielt, liess man auch die alten Grenzen für die Thätigkeit des neuen judicium unverrückt; nur wozu das priesterliche judicium eine eigene Competenz gehabt hatte, ward das centumvirale befähigt und bestellt, d. h. nur zur Erledigung der Beweisfrage. In keiner Zeit war dem Praetor der ganze Process abgenommen worden, sondern nur das Beweisverfahren; nach dessen Beendigung musste der Process wieder in das jus zurückkehren, von dem er ausgegangen war. Der Erlass des Endurtheils war von je Sache des Praetors; er lag ihm auch jetzt noch ob. Hätten jene zwingenden Gründe für die Trennung, richtiger für die Unterbrechung des Verfahrens in jure nicht obgewaltet, oder hätte man später nach der Verweltlichung des Sacramentsprocesses die geschichtlich gegebene Abzweigung des Beweisverfahrens nicht festgehalten, so wäre es zweifellos, dass der Praetor der addicens gewesen wäre[61]). Hiernach stellt sich die Sentenz des centumviralen judicium als ein Zwischenurtheil über das Ergebniss der Beweisaufnahme dar, welches deshalb nöthig war, weil ein besonderer Gerichtshof die Beweisaufnahme leitete. Es bildet die Grundlage des praetorischen Endurtheils, und die Uebermittelung desselben an den Praetor bewirkte nicht der Centumviralgerichtshof selbst, sondern die fünf Parteizeugen.

Jetzt wissen wir, dass im Sacramentsprocesse ein Endurtheil in der Sache selbst erging, und dass dieses der Praetor fällte. Warum es nöthig war, habe ich oben aus der Natur des Verfahrens in judicio und der Bedeutung der dasselbe be-

---

[61]) Bekker Consumption S. 322 war der Wahrheit schon sehr nahe gekommen, wenn er die Vermuthung aufstellte, dass nach dem Schlusse des Verfahrens in judicio sich das Einleitungsverfahren in jure noch einmal wiederholte, also wieder: in jus vocatio, vindicatio und Vindicienertheilung. Substituiren wir der in jus vocatio die aussergerichtliche man. inj., falls die unterliegende Partei die Vindicien erhalten hatte, und der Vindicienertheilung, welche immer nur ein provisorisches Urtheil ist, die addictio, so haben wir das Richtige getroffen.

endenden Sentenz dargethan. Dazu kommen nun noch einige allgemeine Erwägungen, die schon von Stintzing und Huschke mit Recht angestellt worden sind, und die ich hier nur kurz berühren will. War nämlich im Einleitungsverfahren in jure durch die legis actio der Parteien das dingliche Recht selbst zum Gegenstande des Rechtsstreites gemacht, so musste auch das Endurtheil einen der legis actio entsprechenden Inhalt haben und über das streitige Recht selbst eine Entscheidung treffen.[62]) Ferner erfordert auch das provisorische Vindicienertheilungsdecret des Praetors ein definitives Urtheil in der Sache selbst.[63]) Denn der Praetor hatte nur interimistisch, d. h. bis zur Beendigung des Beweisverfahrens, da das Streitobject doch nicht Tage lang in jure liegen bleiben konnte, das Besitzeigenthum an ihm einer Partei übertragen; er musste nunmehr die Besitzeigenthumsfrage endgiltig regeln, das Besitzeigenthum endgiltig einer Partei, ihren Antrag natürlich vorausgesetzt, zusprechen.

Dass nun weiterhin gerade die (litis) addictio das der legis actio in rem eigenthümliche Endurtheil war, dafür hat sich Stintzing S. 40 mit Recht sowohl auf das Versäumnissverfahren, als auch auf die in jure cessio berufen. Für das erstere zuvörderst ist die litis addictio durch tab. I, 8 der XII Tafeln bezeugt. Nun sieht aber die herrschende Meinung dieses Urtheil als eine Besonderheit gerade des Versäumnissverfahrens an und lehnt es daher ab, hieraus einen Schluss auf den Sacramentsprocess im Allgemeinen zu ziehen. Fragt man nach dem Grunde dieser Auffassung, so zeigt es sich, dass das Versäumnissverfahren, welches tab. I, 8 regelt, so zu denken ist, dass ein Beweisverfahren in judicio noch gar nicht stattgefunden hat, und die herrschende Meinung schliesst nun hieraus irrthümlich, dass nach stattgehabter Beweisaufnahme ein Versäumnissverfahren gar nicht möglich ist. So lässt es sich denn auch erklären, dass sie die Statthaftigkeit der addictio dann leugnet, wenn es zum Verfahren in judicio gekommen war. Allein der Schluss, welchen die herrschende Meinung aus tab. I, 8 zieht,

---

[62]) Stintzing a. a. O. S. 31, Huschke „Gajus" S. 169.

[63]) Stintzing S. 38.

ist unrichtig; eine Versäumniss nach stattgehabter Beweisaufnahme ist noch nach Zwölftafelrecht möglich und nach früherem Rechte sogar ganz gewöhnlich gewesen, wie das Folgende ergeben wird. Das Versäumnissverfahren der XII Tafeln ist nicht das ursprüngliche; das Versäumnissverfahren war zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes, jenachdem der priesterliche oder der Centumviralgerichtshof das judicium war. In ältester Zeit, so lange noch die Priester mit dem Beweisverfahren betraut waren, ist eine doppelte Versäumniss[64]) der Parteien zu unterscheiden: es bleibt eine Partei entweder in judicio, oder im Schlusstermine in jure aus. Ersterenfalls wird, wie oben ausgeführt, der erschienenen Partei der Eid vom Priester abgenommen, und das Verfahren in judicio fällt dann natürlich weg. In diesem Falle wird die säumige Partei auch dem am folgenden Tage in jure anstehenden Termine fernbleiben; wenigstens ist ihr Erscheinen völlig bedeutungslos, da der Praetor natürlich derjenigen Partei, welche den provocirten Eid geleistet hat, litem addicirt.[65]) Versäumniss in judicio wird also in der Regel Versäumniss in jure zur Folge haben. — Haben aber beide Parteien ihre Eide geleistet, und hat demnach das Verfahren in judicio stattgefunden, so wird doch auch hier diejenige Partei, deren sacr. für injustum erklärt worden ist, regelmässig den auf den folgenden Tag angesetzten Termin in jure versäumen, wiederum weil ihre Gegenwart ganz gleichgiltig wäre: der Praetor addicirt doch der Gegenpartei auf Grund der sententia judicii das Streitobject. Wir sehen also: eine Versäumniss in jure ist möglich, mag nun ein Sacramentsverfahren (in judicio) stattgefunden haben oder nicht, und in beiden Fällen erfolgt ganz gleichmässig auf Antrag der erschienenen Partei die addictio. Das förmliche Schlussverfahren in jure wird nach dem Gesagten regelmässig ausgefüllt nur durch den (wiederholten) Addictionsantrag der erschienenen Partei, welche entweder allein geschworen hatte, oder deren

---

[64]) Der Versäumniss steht unentschuldigtes Zuspätkommen gleich.

[65]) Dasselbe gilt, wenn die eine Partei sich zwar rechtzeitig in judicio eingestellt, aber nicht den Eid geleistet hatte: sie confitirte damit.

sacr. für justum erklärt worden war, und durch die praetorische addictio. Den Addictionsantrag aber werden wir im Impositionsacte zu suchen haben, und dieser setzt wieder eine voraufgehende vindicatio, d. h. legis actio per man. inj. auf das zur Stelle gebrachte[66]) Streitobject voraus. War die Gegenpartei anwesend, so musste sie sich doch der vindicatio der andern Partei gegenüber passiv verhalten, bezw. war ihre contravindicatio nutzlos, da gegen sie res judicata vorlag. Ich will hier anfügen, dass auch dem förmlichen Schlussverfahren in jure unsolenne Vorverhandlungen mit dem Praetor vorausgehen mussten; denn dieser musste sich durch Zeugenvernehmung von dem Ergebnisse des Beweisverfahrens in jedem Falle unterrichten. Auch war es möglich, dass eine Partei dafür, dass sie vor dem Priester behufs Eidesleistung gar nicht oder verspätet erschienen war, Entschuldigungsgründe hatte; diese hatte sie ebenfalls in unsolenner Verhandlung dem Praetor vorzutragen, und befand sie dieser für genügend, so hatte dies eine nochmalige Vertagung mittels comperendinatio zur Folge, damit inzwischen die unterbliebene Eidesleistung nachgeholt und das Verfahren in judicio eröffnet werden konnte. Um nun aber wieder auf das alte Versäumnissverfahren zurückzukommen, so will ich noch erwähnen, dass eine Versäumniss nur dann angenommen ward, wenn die Partei bis zum sol occasus in jure nicht erschienen war. Die Vorschrift der XII Tafeln, dass die Versäumniss schon post meridiem beginne, ist eine Neuerung, welche mit der Umgestaltung zusammenhängt, die seit der Einrichtung des Centumviralgerichtes als des judicium vor sich gegangen war, und auf die ich jetzt eingehen werde.

Der Eintritt des Centumviralgerichtshofes in den Process an Stelle des priesterlichen hat eine Veränderung des bisherigen Ganges des Processes überhaupt und damit auch eine Veränderung im Versäumnissverfahren mit sich geführt. Dies lehren uns die wenigen, aber inhaltreichen Worte der tab. I, 8 in Verbindung mit dem, was ich über den Verlauf des Processes,

---

[66]) Dass und wie das Streitobject wieder in das jus gebracht wurde, darauf komme ich nachher zu sprechen.

solange noch die Priester mit ihm in Verbindung standen, gesagt habe, und insbesondere in Verbindung mit dem Grunde und der Bedeutung der comperendinatio. Diese hat nur so Sinn, wenn wir, wie ich es gethan habe, annehmen, dass regelmässig das Einleitungsverfahren in jure den ersten Tag, das Verfahren vor den Priestern den zweiten und das Schlussverfahren in jure den dritten Tag einnahm; ich sage: regelmässig war dies so, indem ich voraussetze, dass das Beweisverfahren regelmässig nur einen Tag in Anspruch nahm.[67]) Dies änderte

[67]) War die comperendinatio, wie es bei oberflächlicher Betrachtung der Quellen fast scheint, eine denuntiatio in diem tertium, so wäre allerdings anzunehmen, dass das Beweisverfahren immer an einem, also am zweiten Tage beendet sein musste. Dass nun aber für die Priester ein solcher Zwang bestand. ist nicht glaubhaft; gewiss mag aus sacralen Rücksichten Beschleunigung des Ermittlungsverfahrens geboten gewesen sein; aber dass es gerade an einem Tage erledigt werden musste, dafür fehlt nicht bloss jeder Anhalt, sondern ich glaube das Gegentheil wahrscheinlich machen zu können. Es kommt Alles auf die Wortbedeutung von comperendinatio an, über welche ich schon oben S. 223 eine Vermuthung aufgestellt habe, der ich aber jetzt noch eine zweite. mir selbst wahrscheinlichere anreihen will; sie stützt sich wesentlich auf die Ausführungen von Karlowa, Röm. Civilpr. S. 360 ff. In der Formel der comperendinatio standen vermuthlich die Worte: in diem tertium sive perendinum; beide Ausdrücke hält Cicero offenbar für gleichbedeutend, und die Neueren folgen ihm hierin meistens. Nun ist aber von Theodor Bergk die Gleichbedeutung geleugnet worden, und zwar ist nach ihm perendie ein relativ unbestimmter Begriff. Hiervon, glaube ich, ist theilweise auszugehen. Heisst perendie, wie oben a. a. O. angegeben, eigentlich: am folgenden Tage, so ist dies eine an sich unbestimmte Zeitangabe, welche erst durch eine gewisse Beziehung auf einen andern bestimmten Zeitpunkt zu einer festen wird. Worin haben wir nun diese Beziehung zu suchen? Es liegt am nächsten, das perendie vom Standpunkte des Denuntiirenden aus zu verstehen: für diesen Fall ist meine früher aufgestellte Vermuthung am Platze. Sodann könnte man auch an die Beziehung auf den dies tertius denken; in diem tertium sive perendinum hiesse demnach: am dritten oder dem folgenden, also am vierten Tage. Dies würde voraussetzen, dass höchstens zwei Tage auf das priesterliche Ermittelungsverfahren berechnet waren. M. E. ist die gesuchte Beziehung zu dem Tage herzustellen, an welchem das priesterliche Verfahren beendet ist, was also eine längere als eine ein- oder zweitägige Dauer desselben zulassen würde: der dies perendinus ist der diesem folgende Tag; dieser soll der Terminstag sein. Hiermit ist der dies perendinus hinreichend bestimmt. Frühestens ist es der dritte Tag, und daher scheint auch dieser in der com-

sich nun aber mit dem Wechsel, welcher sich mit der Behörde des judicium vollzog, wie tab. I, 8 deutlich erkennen lässt. Zwar das Einleitungsverfahren in jure ward mit der litis contestatio nach wie vor abgebrochen und der Process auf den dritten Tag vertagt; aber der Zwischentag diente nicht mehr dem Verfahren in judicio. Man behielt ihn bei, vielleicht aus Gewohnheit, vielleicht auch, weil die Parteien während desselben die Hinterlegung der Sacramentssummen im Tempel — wieder unter Zeugen — oder später beim Aerar bewirken mussten, bis auch dieser Grund wegfiel, seitdem sich der Praetor die Leistung der später verfallenden Sacramentssummen versprechen liess. Das Verfahren in judicio fand erst am dritten Tage statt, und an diesem musste auch der ganze Process zu Ende geführt sein: sol occasus suprema tempestas esto! (tab. I, 9). Und zwar fällt nun nach dieser Neuordnung in den dritten Tag die Wiedereröffnung des Verfahrens in jure, sodann das Verfahren in judicio und schliesslich auch noch das mit der addictio endende Schlussverfahren in jure. Weil demnach dieser Tag sehr belastet war, und weil besonders das Beweisverfahren verhältnissmässig viel Zeit erforderte, so ward der

---

perendinatio ausdrücklich hervorgehoben gewesen zu sein. Mithin ist keineswegs der dies perendinus mit dem dies tertius identisch; der Ausdruck: in diem tertium sive perendinum enthält ursprünglich keinen Pleonasmus; er besagt: auf den dritten Tag, bezw. falls am zweiten das priesterliche Ermittelungsverfahren noch nicht beendet sein sollte, auf denjenigen Tag, welcher dem Schlusstage jenes Verfahrens folgt. Ist diese Auffassung richtig, so kann der Vermuthung Karlowas, es hätte in der Formel statt perendinum ursprünglich der Genitiv: perendini gestanden, nicht beigepflichtet werden, wenigstens dann bestimmt nicht, wenn dieser Genitiv die von ihm angegebene Bedeutung hat. — Als nun später (s. oben das Folgende) das Processverfahren dahin abgeändert wurde, dass stets am dritten Tage das Verfahren in jure wiederaufgenommen ward, und der Zwischentag von allen processualen Handlungen frei war, da hätte unsere denuntiatio nicht mehr comperendinatio heissen dürfen; sie war eine denuntiatio eben in diem tertium. Und ebensowenig hätte man in der Formel die Worte: sive perendinum beibehalten dürfen. Aber weil man Namen und Formel unverändert beibehielt, so konnte es geschehen, dass eine spätere Zeit perendinus für ganz gleichbedeutend mit tertius hielt, wie es ja auch Cicero in der That gethan hat; das Wörtchen sive nahm damit eine ganz andere Bedeutung an, als es ursprünglich hatte.

Mittag als diejenige Zeit angesetzt, mit welcher das letztere spätestens beginnen musste; denn bei noch späterem Beginne war zu befürchten, dass die Zeit bis Sonnenuntergang zur Erledigung des Processes nicht ausreichte[68]). Erschien also bis zur Mittagszeit nur eine Partei in jure, so galt die andere als säumig, und die erschienene konnte sofort die addictio beantragen, ohne dass die Sache vor die Centumvirn kam. Wir sehen also, dass nach Zwölftafelrecht nur noch eine Versäumniss in jure möglich war, weil das Sacramentsverfahren vom zweiten auf den dritten Tag verlegt war, während früher auch eine Versäumniss in judicio vorkommen konnte. Die Möglichkeit aber war geblieben, dass auch nach stattgehabtem Sacraments-, d. h. Beweisverfahren die nach der sententia der Centumvirn unterliegende Partei den Schlussact in jure versäumte, wenn auch die erhaltenen Zwölftafelfragmente von diesem Versäumnissfalle nichts erwähnen. In jedem Falle aber ward auf Antrag das Addictionsendurtheil erlassen, mag das Beweisverfahren stattgefunden haben oder nicht, mag die eine Partei von Anfang an dem Termine am dritten Tage fernbleiben oder sich nach Schluss des Beweisverfahrens sofort entfernen. Das Versäumnissurtheil war demnach kein anderes, als das gewöhnliche Endurtheil: die addictio. Es ist ein Zufall, wenn uns durch die XII Tafeln die addictio nur als Versäumnissurtheil bezeugt ist. Es ist nicht richtig, hieraus den Schluss zu ziehen, dass die addictio nur im Versäumnissverfahren erging. Das Zwölftafelgesetz ordnete für diesen Fall die addictio nicht als eine besondere Art und Form des Urtheils an, sondern es schrieb auch für ihn dem Praetor vor, nur das gewöhnliche Urtheil zu erlassen; der Kern des Gesetzes liegt nicht darin, dass es das Urtheil bestimmte, sondern darin, dass es die Voraussetzungen (praesenti, post meridiem) regelte, unter denen der Praetor das gewöhnliche Urtheil als Versäumnissurtheil erlassen sollte. — Um nun noch kurz die judicii ordinatio zu

[68]) Es ist möglich, dass die Bestimmung dieser Zeitgrenze keine für das umgestaltete Verfahren ganz neu eingeführte war, sondern auf die alte für die Eidesleistung, bezw. den Beginn des priesterlichen Verfahrens festgesetzte Praeclusivfrist, welche ich oben angenommen habe, zurückgeht.

erwähnen, welche nach späterem Rechte Sache des Praetors war, so ist soviel klar, dass, solange der priesterliche Gerichtshof für das Sacramentsverfahren competent war, eine solche in jure gar nicht stattfinden konnte: der priesterliche Gerichtshof eröffnete dasselbe eben auf Grund eigener Zuständigkeit und delegirte selbst einen Priester zur Leitung desselben. Aber auch, als der Centumviralgerichtshof an Stelle des priesterlichen trat, war wenigstens Anfangs ebensowenig eine judicii ordinatio am Platze, möglich immerhin, dass man später die jurisdictio desselben als eine vom Praetor mandirte auffasste, wonach dieser auch das judicium constituiren konnte, geradeso wie er den judex unus ernannte. Und wenn wirklich eine judicii ordinatio in jure stattfand, so fällt sie wahrscheinlich nicht in das Einleitungsverfahren in jure am ersten Tage, wie Voigt[69]) annimmt, sondern in das Verfahren in jure am dritten Tage, weil an diesem abzuwarten war, ob nicht beide Parteien oder doch eine den Termin versäumen werde, in welchem Falle die judicii ordinatio ganz überflüssig war. Wenn Gajus IV, 15 sagt, dass vor der lex Pinaria, welche die judicis datio auf den dreissigsten Tag verschob,[70]) statim dabatur judex, so steht dieses statim nur im Gegensatze zum dies trigesimus, ohne dass darin eine sonstwie genaue Zeitangabe liegt, ohne dass es entscheidet, ob am ersten oder dritten Tage der judex bestellt ward.

Die addictio ist uns ferner bezeugt für die in jure cessio[71]). Ich habe schon oben bemerkt, dass diese ihrer Form nach wirklicher Sacraments-[72]), richtiger Manusinjectionsprocess ist, freilich mit der Besonderheit, dass der Beklagte in jure confitirt, um dadurch seinen animus dominii transferendi zu be-

---

[69]) XII Tafeln I § 55 N. 17 und § 61 vor N. 20.

[70]) was aber vermuthlich für den vor das Centumviralgericht gehörigen Process nicht gilt.

[71]) Gajus II, 24. Ulp. XIX, 9. 10.

[72]) Da es bei der in jure cessio gerade zur sacr. prov. nicht kam, so ist sie keine legis actio sacr., sondern per man. inj.; da aber Gajus den Vindicationsprocess als Sacramentsprocess bezeichnet, so kann man auch die in jure cessio also benennen.

kunden. Mithin muss die addictio zunächst in allen andern Fällen Platz greifen, in denen eine Partei in jure confitirt[73]). Ist aber die addictio das Endurtheil, wenn das gegnerische Recht nicht bestritten ist, um wieviel mehr ist sie nöthig, wenn es bis zuletzt, d. h. bis zum Schlusse des Beweisverfahrens bestritten ist. Ueberhaupt muss es für das praetorische Endurtheil ganz gleichgiltig sein, worauf sich die (formelle) Wahrheit der Rechtsbehauptung einer Partei gründet, ob auf die confessio der Gegenpartei oder auf die sententia judicii; erging die addictio in dem einen Falle, so musste sie es auch im andern Falle.

Dass endlich die addictio ein praetorisches Urtheil war, habe ich oben ausgeführt, wird auch durch Gajus und Ulpian (N. 71) und sonst noch bezeugt. Wenn z. B. Varro l. l. IV, 59 sagt: necesse est aliquo eorum uti (sc. praetorem) verbo, cum lege quid peragitur, so dürfen wir hieraus schliessen, dass ein zum regelrechten Ende, vollkommen durchgeführter (peragere) dinglicher Process mit der addictio des Praetors schloss[74]).

Führt sonach Vieles darauf, dass die addictio das ordentliche Endurtheil des dinglichen Sacramentsprocesses ist, so wird dies in letzter Linie noch bestätigt durch das bereits oben gefundene Resultat, dass der Vindicationsprocess ein

---

[73]) Eine ausdrückliche in jure confessio wird ursprünglich nicht gut vorgekommen sein, ausser eben bei der in jure cessio: denn war der Gegner in jure zwar anwesend, contravindicirte er aber nicht, so lag darin seine confessio deutlich genug ausgesprochen; auch ist er eigentlich noch gar nicht Processpartei. Ebensowenig aber war eine ausdrückliche confessio nach geschehenem manus conserere nöthig: der Kläger confitirte dadurch, dass er nicht sacr. provocirte, und der Beklagte dadurch, dass er der klägerischen prov. sacr. eine ebensolche nicht entgegensetzte.

[74]) Erwähnt sei noch, dass, wenn Huschke „Gajus" S. 168 sich für seine und unsere Ansicht über das Endurtheil der addictio im Sacramentsprocesse auf Gellius XX, 1, 37 stützt, dies doch ganz unzutreffend ist. Denn hier handelt es sich um einen Injurienprocess, in welchem nicht der Praetor, sondern der judex talionem imperat, und dies erklärt sich so, dass seit den XII Tafeln jeder Process aus Privatdelicten der legis actio per jud. post. überwiesen war. Die Gellius-Stelle beweist also für den Sacramentsprocess gar nichts, und es ist auffallend, dass Muther Sequestr. S. 143 N. 4 den aus ihr entnommenen Grund Huschkes als schlagend bezeichnet.

Manusinjectionsprocess, und dass umgekehrt die legis actio per man. inj. als die Personalexecutionsklage ein Vindicationsprocess ist. Denn dass die legis actio per man. inj. in der letzteren Function auf die addictio hinauslief und diese bezweckte, ist unzweifelhaft; wenn aber hier die vindicirte Person dem Kläger addicirt wird, so muss auch zufolge der vindicatio rei die Sache ebenso addicirt werden; ist doch der Schuldner, an welchem die man. inj. vollzogen wird, auch nur Vindicationsobject wie jedes unpersönliche.

Fragen wir nun aber weiter, was der Praetor dem Sieger im Eigenthumsprocesse addicirt, so antworten die XII Tafeln in tab. I, 8 darauf: litem. Man hat darunter vielfach den Rechtsstreit verstanden; allein diese Bedeutung kann das Wort in der Verbindung mit der addictio nicht gehabt haben; was sollte es heissen: Jemandem den Rechtsstreit zusprechen? Häufig versteht man auch unter lis den Rechts- oder Processanspruch; indessen fehlen einerseits dafür Belege, andererseits würde auch in dieser Bedeutung die litis addictio einen schiefen Sinn geben. Vielmehr geht schon daraus, dass Gajus von addicere rem spricht, hervor, dass lis das Streitobject selbst bezeichnet, genauer: das körperliche Object des streitigen Rechtes. Diese Bedeutung von lis müssen wir als die ursprüngliche annehmen[75]); die Bedeutung von Streit, Rechtsstreit, ist eine viel spätere[76]). Die ursprüngliche Bedeutung haben uns nicht nur die XII Tafeln bewahrt, eben in dem

[75]) Unhaltbare Etymologien s. bei Huschke „Gajus“ S. 168 N. 174 und Danz sacr. Schutz S. 213. Die richtige dürfte die von Schwenck im Rhein. Mus. f. Phil. N. F. Bd. III S. 295 sein: lis, Stamm lit, entstanden aus lict, abgeleitet von licere, sprechen = hadern oder streiten mit Worten. Lis ist dann aber nicht das Streiten selbst, wie Schwenk meint, sondern die Sache, um die mit Worten gestritten wird, wie vindiciae die Sache, auf welche sich das vindicere = manum inicere bezieht. Sollte sich übrigens der Stamm von lis nicht noch in dem archaischen Worte delicare (= dedicare), welches auch in den XII Tafeln (s. Voigt XII Tafeln I S. 736 zu tab. XII, 2) gestanden haben dürfte, wiederfinden und dieses bedeuten: der Sache die Eigenschaft als lis, Streitobject, entziehen, also z. B. durch dedicatio in sacrum?

[76]) Z. B. bei Ulp. in L. 36 D. 50, 16: litis nomen omnem actionem significat sive in rem sive in personam sit.

Ausdrucke: litem addicere, sondern auch andere Zeugnisse überliefern sie. So treffen wir sie zunächst in der alten Fetialformel bei Livius I, 32, 11 an, dann aber auch in mannichfachen alttechnischen Wendungen des Civilrechtes, welche ich nachher nennen werde. Ausdrücklich sagt es Varro l. l. VII, 93: itaque quibus res erat in controversia, ea (sc. res) vocabatur lis; ideo in actionibus[77]) videmus dici: quam rem sive mi litem dicere oportet, womit Cic. pro Mur. 12, 27: tot homines — etiam nunc statuere non potuisse, utrum — rem an litem dici oporteret, und Porphyr. in Horat. Sat. I, 9, 41: in legibus (soll heissen: in legis actionibus) inveniri solet: rem sive litem zu vergleichen ist. Ferner ist anzuführen Festus s. v. litis cecidisse] dicitur, qui ejus rei, de qua agebat, causam amisit, und auch die andere Stelle s. v. vindiciae gehört nach der trefflichen Lesart von Voigt[78]) hierher: vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia [est], quod potius dicitur [li]s, qu[ia][79]) fit inter eos, qui contendunt, wonach Festus, bez. Verrius Flaccus allerdings das Wort lis in seiner doppelten Bedeutung neben einander verwendet, eine in der Definition eines Römers nicht weiter verwunderliche Ungeschicklichkeit. Ist hiernach die Bedeutung von lis als Streitobject einerseits eine zweifellose und andererseits eine sehr alte, und passt sie überdies für die Wendung litem addicere am besten, so werden wir sie auch in derselben richtig vermuthen.

Ist also die lis die res in controversia, so begegnen wir in den XII Tafeln noch einem anderen Kunstworte für die res in controversia: vindicia(e).[80]) Ich glaube nun nicht, dass die Bedeutungen beider Wörter sich ganz decken,[81]) sondern dass nach dem praegnanten Sprachgebrauche der XII Tafeln zwischen

---

[77]) Unter den actiones sind legis actiones verstanden; vielleicht war zu Varros Zeit dieser Name noch nicht üblich; s. oben S. 165 N. 1.

[78]) XII Tafeln II § 74 N. 30.

[79]) lis quia statt der Müllerschen Lesart: vis, quam.

[80]) s. die Belege hierfür bei Voigt XII Tafeln II § 74 N. 30.

[81]) Voigt a. a. O. N. 44 hält lis neben vindiciae, z. B. in dem Ausdrucke praedes litis vindiciarum für pleonastisch, also beide Wörter für gleichbedeutend.

beiden ein feiner Artunterschied besteht. Zwar hat vindicia insofern eine engere Bedeutung als lis, als erstere nur das Vindicationsobject, letztere das Streitobject überhaupt, also auch im persönlichen Processe bezeichnet; indessen ist damit der ganze Unterschied noch nicht getroffen, und es bleibt immer noch die Frage, warum lis eine weitere Bedeutung hat. M. E. hängt die Verschiedenheit des Namens für das Streitobject im dinglichen Processe mit den verschiedenen Phasen, genauer den verschiedenen legis actiones zusammen. Vindicia heisst das Object in der legis actio per man. inj. und mit Bezug auf dieselbe, lis heisst es in der legis actio sacr. und mit Bezug auf dieselbe. Vindicia wird es genannt nach dem vim dicere des vindex, des Contravindicanten,[82]) also nachdem beide Parteien per man. inj. agirt haben; die vindicatio nur des ersten Vindicanten macht die res noch nicht zur vindicia (noch weniger zur lis), was man daraus ersieht, dass bei der in jure cessio, welche das Unterbleiben der contravindicatio voraussetzt, der Praetor nicht vindiciam (auch nicht litem), sondern rem addicirt. Nie wird bei der in jure cessio von einer addictio vindiciae oder litis, sondern stets von einer addictio rei gesprochen; das hat seinen guten Grund. Vindicia ist die Sache als eine noch streitige; daher ist das vindicias dare des Praetors nur ein provisorisches Urtheil, durch welches er die Sache der einen Partei als eine noch andauernd streitige, d. h. nur zum interimistischen Besitzeigenthum überträgt. In dem Worte vindicia kommt die provisorische Natur des Vindicienertheilungsdecretes voll zur Geltung. Fällt dieses auch zeitlich nach der legis actio sacr. und an den Schluss des Einleitungsverfahrens in jure, so bezieht es sich doch auf den Act der beiderseitigen man. inj.: weil beide Parteien durch sie Besitzeigenthum nicht bloss in Anspruch genommen, sondern auch hergestellt haben, und nur deshalb überweist der Praetor die Sache der einen Partei zum vorläufigen Besitzeigenthum,

---

[82]) Vindicia ist wörtlich diejenige Sache, von welcher (in der Form der legis actio per man. inj.) behauptet wird, dass ein Anderer (ebenfalls durch die legis actio per man. inj.) sich an ihr vergriffen, sie gewaltthätig und widerrechtlich ergriffen habe.

vorausgesetzt allerdings, dass beide Parteien bei ihrer man. inj. verharrt und daher sich auch gegenseitig sacr. provocirt haben; denn sonst ist eine vorläufige Regelung der Eigenthumsbesitzfrage überhaupt nicht nöthig. Lis aber heisst die Sache von dem Augenblicke an, wo beide Parteien sich gegenseitig sacr. provocirt haben. Provocirt der Contravindicant nicht seinerseits, so ist die Sache noch nicht lis. Lis ist sie erst, wenn es feststeht, dass zum Verfahren in judicio geschritten werden muss. Die Thatsache, dass die Sache lis geworden ist, ist so wichtig, dass ihre ausdrückliche Constatirung in jure nothwendig ist. Die litis contestatio ist der Aufruf von Zeugen, dass die res, qua de agitur, jetzt eine lis ist, d. h. dass beiderseitig sacr. provocirt ist. Wir wissen, dass die Zeugen ursprünglich die geschehene gegenseitige sacr. prov. in jure nachher vor den Priestern zu bekunden hatten. Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich noch andere altcivile Verbindungen mit lis. Litem deserit wird von demjenigen gesagt, welcher nach der litis contestatio, d. h. genauer nach der beiderseitigen prov. sacr. die Rechtsverfolgung aufgiebt; wer es vorher thut, wie der Cedent, deserit nicht litem, sondern rem. Das Verfahren der litis aestimatio findet erst nach der sententia judicii statt, die decemviri litibus judicandis urtheilen über das dominium itis i. e. S., und litis (sc. causa) cadit wird eigentlich von der Partei gesagt, deren sacr. für injustum erklärt ist. Das Urtheil des Praetors ferner heisst nur dann litis addictio, wenn das Sacramentsverfahren stattgefunden hat, welches sich auf die doppelte sacr. prov. gründet. Die Parteien endlich nehmen in der legis actio per man. inj. rem, nicht litem in Anspruch; sie würden ja sonst zugeben, dass die Sache streitig ist, und sich so mit ihrer Rechtsbehauptung in Widerspruch setzen. Später scheint man darüber im Unklaren gewesen zu sein, daher die Phrase: quam rem sive mi litem dicere oportet.[83]) Ueber die

[83]) Varro l. l. VII, 5, 93. Cic. pro Mur. 12, 27. Porphyr. in Horat. Sat. I, 9. 41; s. die Stellen oben auf S. 249. — Voigt XII Tafeln I § 58 N. 11, welcher hier eine eigenthümliche Erklärung unserer Phrase giebt, vergleicht damit ganz zutreffend die Phrase: in diem tertium sive perendinum bei der comperendinatio, wenigstens in der Bedeutung, welche sie zu

praedes litis im Gegensatze zu den praedes vindiciarum werde ich nachher sprechen.

Was nunmehr die Bedeutung der addictio betrifft, so ist sie, wörtlich übersetzt, ein Zusprechen der lis, des Streitobjectes an den Sieger; sie ist das praetorische Urtheil, welches das behauptete Eigenthum des Siegers an der lis inter partes, d. h. dem Gegner gegenüber, ausser Zweifel setzt und bestätigt. Der Praetor schafft mit der addictio also nicht civiles Eigenthum; denn dazu fehlt ihm das Recht; sondern erkennt nur das bereits bestehende Eigenthum der einen Partei als zu Recht bestehend, als besseres Eigenthum der andern Partei gegenüber an. Wie die Urtheilsformel der addictio lautete, ist uns nicht überliefert; kein Wunder bei der Mangelhaftigkeit der Nachrichten über den alten Sacramentsprocess überhaupt. Trotzdem und trotz der gegentheiligen Ansicht von Stintzing[84]) vermögen wir sie noch festzustellen. Würden wir Varro l. l. IV, 30 Glauben schenken dürfen, so würde der Praetor das Wort addico selbst im Urtheile aussprechen. Wir würden alsdann ferner, da die addictio als litis addictio bezeichnet wird, anzunehmen haben, dass auch das Wort lis in dem Urtheilstenor vorkam. Darnach würde der Praetor sein Urtheil etwa dahin abgegeben haben: litem Aulo Agerio addico. Indessen sprechen hiergegen gewichtige Bedenken. Der Praetor kann die Sache nicht als lis dem Sieger zugesprochen haben; er würde sich sonst ebensowohl mit seinem Urtheile, welches doch eben der

Ciceros Zeit hatte; s. darüber das oben S. 243 N. 67 Gesagte. M. E. erklärt sich unser Ausdruck: rem sive litem also. Ursprünglich ward nur Eines gesetzt, fehlte der Zusatz mit sive; später aber war man im Zweifel ob man rem oder litem sagen müsse. Der rigor juris verlangte certa und civilia verba der legis actio. und ein Verstoss hiergegen konnte den Verlust des Processes zur Folge haben. Um sich also auf alle Fälle gegen diese Folge einer vielleicht falschen Formel zu schützen, fügte man jene Clausel mit sive hinzu: ein römischer Advocatenkniff. Uebrigens finden wir solche Schutzclauseln öfters in römischen Formeln aller Art, z. B. wenn man im Irrthum über das Geschlecht der anzurufenden Gottheit (sive deus sive dea es) oder über den Namen eines Gottes oder einer Person ist (sive quo alio nomine appellaris, et si quos dicere oportet); s. hierzu Voigt jus natur. III § 13 S. 80 ff.

[84]) Krit. Zeitschr. III S. 346.

res ihre Eigenschaft als iis nehmen soll, in Widerspruch setzen, als der legis actio (per man. inj.) der Parteien nicht entsprechen. Er addicirt die lis, aber als res, das bisherige Streitobject als Eigenthumsobject. Hieraus dürfen wir schliessen, dass das praetorische Endurtheil nur in der Sache, nicht aber auch in der Form eine litis addictio und überhaupt eine addictio war. Huschke[85]) hat richtig erkannt, dass die addictio der legis actio der Parteien entsprochen haben muss; ihr Wortlaut war daher: haec res ex jure Quir. Auli Agerii est.[86]) Ist dies richtig, so kann von einer condemnatio der Gegenpartei im dinglichen Processe nicht die Rede sein, wenigstens nicht in dem gewöhnlichen Sinne einer Verurtheilung zu einer persönlichen Leistung. Für eine solche ist bei der vindicatio gar kein Platz; diese ist wesentlich Sachverfolgung. Der unterliegende Gegner wird nur implicite zur Passivität verurtheilt: er muss dulden, dass der Sieger die Sache an sich nimmt. Wie keine condemnatio, so ist auch das praetorische Urtheil im dinglichen Process keine absolutio i. e. S.; beide setzen eine persönliche Klage voraus. Nur insofern kann im dinglichen Processe von einer Verurtheilung und bez. Freisprechung gesprochen werden, als der Praetor das Vindicationsobject der einen Partei zu-, der andern abspricht. Das ist eben die addictio, welche in Bezug auf die unterlegene Partei zugleich eine abdictio ist.[87]) Sie sind die technischen Ausdrücke für das praetorische Urtheil

---

[85]) „Gajus" S. 125.

[86]) Nicht: esse videtur; auch hier ist die legis actio der Parteien vorbildlich. Jene altanständige Form hatte nur die „sententia" des judicium.

[87]) Das Wort abdicere hat sich in der späteren Latinität fast ganz verloren. M. W. findet es sich bloss noch bei Pomponius in L. 2 § 24 D. 1, 2: abdicere ab alqo. vindicias; es ist das dicere (dare) vindicias in der Richtung auf die Gegenpartei; vgl. Liv. III, 56, 4 und 57, 5: vindicias ab libertate in servitutem dare = dicere. Auch das prätorische Vindicienertheilungsdecret war eine, wenn auch nur provisorische, addictio bezw. abdictio, d. h. eine addictio bezw. abdictio vindiciarum, nicht litis. Von abdicere ist abdicare abgeleitet, welches nicht ein prätorisches Urtheil bezeichnet, sondern die Handlung desjenigen, welcher die praetorische addictio bewirkt. So abdicat pater filium (s. Voigt XII Tafeln II § 94 N. 25) zufolge der emancipatio, welche ursprünglich in der Form der in jure cessio mit addictio (liber est) vor sich ging. Aehnlich L. 21 D. 1, 5.

im Sacraments- bez. Manusinjectionsprocess, und entsprechen der adjudicatio und abjudicatio als dem Urtheile nicht des Magistrates, sondern der richterlichen Behörde, sei es der Centumvirn (Decemvirn) im Sacramentsprocesse,[88]) sei es der Recuperatoren im Recuperationsprocesse,[89]) sei es endlich des Einzeljudex oder des arbiter im Processe der legis actio per judicis oder arbitri postulationem,[90]) sofern der Process ein dinglicher ist. Auch von der Agrarcommission z. B. der lex agraria (sog. Thoria) vom Jahre 643 (lin. 62) wird gesagt: judicat und adjudicat, daher auch abjudicat.[91]) Wenn nach Gajus III, 189 die veteres sich stritten, ob der fur manifestus ex lege XII tabularum addictus servus efficeretur ex addictione an adjudicati loco constitueretur, so kehrt auch hier der Unterschied zwischen addicere und adjudicare wieder, was ich weiter unten nachweisen werde. Wie nun ad- und abjudicare streng genommen kein condemnare oder absolvere war, so auch ad- und abdicere. Aber weil im Formularprocesse jedes Urtheil entweder eine wahre condemnatio oder eine wahre absolutio war, so suchte man diese Begriffe auch auf den alten Sacramentsprocess anzuwenden und übertrug so, freilich in einem untechnischen, allgemeinen Sinne, den Namen condemnatio insbesondere auf das Addictionsurtheil. Daher sagt Festus s. v. addicere: damnare est, weil es zugleich ein abdicere war. Hiernach ist auch die vielbesprochene Stelle des Gajus IV, 48 zu verstehen: judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, womit nur gesagt sein soll, dass olim, d. h. doch wohl zur Zeit der Legisactionen[92]), das Urtheil auf die

---

[88]) So abjudicare z. B. bei Cic. leg. agr. II, 16, 43; L. 50 § 2 D. 30.

[89]) So abjudicare bei Plaut. Rud. V. 1, 3.

[90]) So bei den Theilungsklagen, welche arbitria sind, betreffs deren sich die obigen Namen für das Urtheil der arbitri noch im classischen Rechte erhalten haben.

[91]) Wie sich abdicare zu abdicere verhält, so hat das Wort abjudicare, da es einer Weiterbildung nicht fähig ist, eine technische (abdicere entsprechende) und eine untechnische (abdicare entsprechende) Bedeutung; in letzterer steht es z. B. bei Cic. pro Caec. 34, 99).

[92]) Anders Eisele in Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 5 Rom. Abth. S. 206. Auch Bekker Action. I S. 78 zweifelt.

Sache selbst ging, und nicht auf Geld. Gajus kam es nur auf den Inhalt und nicht auf die Form dieses Urtheils, welches olim erging, an, wie schon oft bemerkt; die condemnatio in rem ipsam ist streng genommen ein Widerspruch.[93])

War die litis addictio der Ausspruch des Praetors, dass die Sache im (besseren) Eigenthume der einen Partei stehe, so lag in ihr zugleich, da das Eigenthum ursprünglich Besitzeigenthum war und im Besitze zum Ausdruck kam, der Ausspruch, dass der Sieger rechtmässiger und alleiniger Besitzer sei. Nur insofern Agerius besitzt, kann der Praetor in seinem Addictionsurtheile sagen: haec res Auli Agerii est. Er spricht nicht aus, dass Agerius das bessere Recht (nudum jus) auf den Besitz der Sache habe, sondern dass er Besitzeigenthum selbst habe, dass er gegenwärtiger alleiniger Eigenthümer und als solcher Besitzer sei. Das war ja der ganze Zweck der vindicatio, das Besitzeigenthum einer Partei zu schützen und ausser Zweifel zu setzen. Hatte der Praetor durch sein Vindicienertheilungsdecret die Besitzfrage vorläufig geregelt, indem er die eine der beiden in solidum besitzenden Parteien in ihrem Alleinbesitze interimistisch bestätigte, — denn dass er durch seinen Missionsbefehl die Sache nicht besitzlos machte, habe ich oben erwähnt —, so musste er jetzt die Besitzfrage endgiltig entscheiden, die siegreiche Partei in ihrem Besitze endgiltig bestätigen. Weil sich der ganze Process um die Frage drehte, welche Partei der andern gegenüber im Besitzeigenthum zu schützen sei, auf Grund ihres besseren jus auf den Besitz, deshalb beliess der Praetor nicht ohne Weiteres die Sache im Besitze derjenigen Partei, welche vor der aussergerichtlichen man. inj. den alleinigen Besitz gehabt hatte, wie es später Rechtens war, sondern er schützte vorläufig auf Grund einer summarischen Prüfung des nudum jus der Parteien, welche ihm die unsolennen Vorverhandlungen in jure ermöglichten, den Besitz derjenigen, welcher er die Vindicien gab oder zusprach (dare oder dicere = addicere). Setzt nach dem Gesagten die endgiltige addictio, d. h. die litis addictio, den Besitz des Siegers voraus, so muss dieser vor der ad-

[93]) So schon Römer krit. Ueberschau III S. 370 ff.

dictio, auch wenn ihm die Vindicien nicht ertheilt worden waren, wenn die Gegenpartei falsam vindiciam tulerat, im Besitze der Sache gewesen sein, und lautet das praetorische Urtheil nach meiner Annahme: haec res Auli Agerii ex jure Quir. est, so zeigt das hinweisende Fürwort haec an, dass die Sache im Schlussverfahren wieder in jure gegenwärtig war. Das Schlussverfahren in jure zeigt also ungefähr dasselbe Bild, wie das Einleitungsverfahren in jure; der Process befindet sich äusserlich in demselben Stadium, in welchem er das jus Zwecks Eröffnung des Sacramentsverfahrens verlassen hatte. Praetor, Parteien mit ihren Zeugen und Streitobject waren wieder in jure gegenwärtig[94]); nur war es möglich, dass diejenige Partei, deren sacr. für injustum erklärt worden war, mit ihren Zeugen fehlte. Fragen wir nun, wie das Schlussverfahren in jure verlief, so war der erste Theil desselben ein unförmlicher, hauptsächlich ausgefüllt durch die Bekundung der Zeugen, wessen sacr. für justum erklärt worden war. Der förmliche Theil aber begann mit der legis actio per man. inj. des Siegers am gegenwärtigen Streitobjecte, also mit der Besitzergreifung und der Formel: hanc ego rem ex jure Quir. meam esse ajo, woran sich die legis actio per vindictae impositionem auch hier reihte, weil in ihr der Antrag auf addictio verlautbart wurde. War die Gegenpartei nicht anwesend, oder war sie es zwar, aber contravindicirte sie doch nicht, so ertönte kein Missionsbefehl des Praetors mehr, sondern er sprach sofort die addictio aus; contravindicirte aber etwa noch die Gegenpartei, so musste zwar auch noch der Missionsbefehl, gleichviel ob an beide Parteien oder nur an den Contravindicanten, ergehen, aber die contravindicatio war rechtsunerheblich, und daher erfolgte auch in diesem Falle sofort die addictio. In beiden Fällen aber bestätigte der Praetor durch dieselbe das bestehende Besitzeigenthum des Sacramentssiegers, da ja auch im Falle des an beide Parteien ergangenen Missionsbefehles

---

[94]) War das Streitobject beweglich, so musste es in das jus geschafft werden; wie und von wem, darüber nachher; war es ein fundus, so musste auch jetzt wieder ursprünglich das jus nach dem fundus verlegt werden.

die Sache nicht besitz- und eigenthumslos gemacht worden war, und der also bestätigte Besitzeigenthümer nahm nach dem Schlusse des Processes die Sache ebenso mit sich fort, wie es im früheren Stadium des Processes der Vindicienempfänger gethan hatte, oder wie es bei der actio judicati der Gläubiger mit dem Schuldner that, welcher ihm zugesprochen war; der addictus war auch nur eine addicta lis oder res.

Das Schlussverfahren in jure setzt also Gegenwart des Streitobjectes in jure voraus. Wäre die Sistirung, bezw. Trennung des Processverfahrens nicht nöthig gewesen, wie es in der Königszeit der Fall war, so hätte der Praetor auch das Decret über den Vindicienbesitz nicht erlassen, und die lis wäre ununterbrochen bis zur addictio in jure geblieben; seit der Vindicienertheilung musste es von Neuem in jus Zwecks addictio gebracht werden. Wer hatte nun für die Herbeischaffung der lis zu sorgen? Hatte der Praetor die Vindicien richtig, d. h. dem besser Berechtigten ertheilt, so musste unzweifelhaft der Vindicieninhaber selbst die Sache in das jus bringen, wollte er die addictio beantragen. Hatte aber der Praetor falsam vindiciam gegeben, so träfe in erster Linie den Praetor die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die lis am dritten Tage wieder in jure gegenwärtig sei. Da er die Vindicien aus eigener Machtvollkommenheit ertheilt hatte, so stand die Partei, welche nicht den interimistischen Besitz empfangen hatte, dem praetorischen Decrete ganz gleichgiltig gegenüber; mag der Praetor bis zum Schlussverfahren über die Sache befinden, wie er will, wenn sie nur zum Schlussverfahren wieder in jure ist. Der Praetor hätte also dem Vindicienempfänger die Verpflichtung auferlegen müssen, am dritten Tage die Sache wieder in das jus zurückzubringen; von der Gerichtsstätte aus hatte dieser die Sache auf Grund seines ihm provisorisch bestätigten Besitzeigenthumes mit sich fortgenommen, mit der Beendigung dieses Provisoriums hätte er also die Sache auch wieder in jure niederlegen müssen. Allein diese Verpflichtung bürdete der Praetor dem Vindicienempfänger unzweifelhaft nicht auf. Wir wissen, dass der Vindicieninhaber, dessen sacr. für injustum erklärt worden war, überhaupt nicht zum Erscheinen in jure am dritten Tage verpflichtet war, dass er

dem Schlussverfahren ganz fernbleiben konnte. Ueberdies hätte solche Massregel auch leicht über das Ziel hinausschiessen können. Was sollte jene Verpflichtung, da die Herausgabe der Vindicien an den Sieger sich auch aussergerichtlich bewerkstelligen liesse? Und was sollte der Praetor mit der Sache machen, wenn sie der Vindicieninhaber vor ihm niederlegte und sich dann entfernte, die andere Partei aber erst später oder auch gar nicht erschien, wenn sie sich aus irgend welchen Gründen nicht weiter um die Sache kümmerte, was ja unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich ist, oder wenn sie aus triftigen Gründen den Termin versäumte? Der Praetor durfte also dem Vindicienempfänger nicht Verpflichtungen ins Ungewisse auferlegen; er durfte dem eigenen Handeln der interessirten Partei nicht vorgreifen. Auch hier gilt also der Grundsatz des Parteibetriebes: der Sacramentssieger selbst hatte in jedem Falle für die Herbeischaffung der Sache in das jus zu sorgen, wenn er die addictio beantragen wollte. Aber allerdings ist dieser Grundsatz nicht allein massgebend; noch ein anderer Gesichtspunkt macht sich geltend. Ich habe schon erwähnt, dass der Praetor aus eigener Machtvollkommenheit und Kraft seines Amtes, welches ihm die ordnungsmässige und zweckdienliche Leitung des Processes und den Erlass der hierauf bezüglichen Anordnungen und Massregeln zur Pflicht machte, die Vindicien der einen Partei ertheilt, richtiger ihr Besitzeigenthum provisorisch bestätigt hatte. Die andere Partei steht diesem Decrete ebenso machtlos wie gleichgiltig gegenüber; sie hatte daher für die Folgen des objectiv unrichtig ausgefallenen Decretes nicht einzustehen; die praetorische Vindicienertheilung ist ein processuales Rechtsgeschäft lediglich zwischen dem Praetor und dem Vindicienempfänger, ein Rechtsverhältniss zwischen den Parteien selbst erzeugt sie an sich nicht. Dem Gegner kann es gleichgiltig sein, was der Praetor über das Streitobject verfügt, wenn er nur für den Fall, dass er sein besseres Recht nachweist, die Sache unverkürzt erhält. Der Praetor also ist es, welcher sich durch eine zu Unrecht vorgenommene Vindicienertheilung verantwortlich macht; er hat also auch dafür zu sorgen, dass dem Gegner für den Fall seines Sieges in judicio daraus kein Nachtheil erwächst, dass die Wirkung solcher Vindicienertheilung

hinterher rückgängig gemacht wird[95]). Diese eigene Verantwortung des Praetors aus seinem Decrete nöthigte ihn daher, von derjenigen Partei, welcher er die Vindicien zusprach, genügende Cautelen zu verlangen. Weigerte sich die eine Partei, deren Sache er nach summarischer Prüfung für die bessere hielt, diese Garantien zu leisten, so bot er die Vindicien der andern Partei an. Eine Partei muss unbedingt die Vindicien erhalten; der Kläger aber als der eigentlich und hauptsächlich Rechtsverfolgende ist derjenige, welcher unter allen Umständen die Vindicien unter Eingehung der bestimmten, ihm vom Praetor aufzuerlegenden Verpflichtungen annehmen muss; er würde sonst von der gehörigen Rechtsverfolgung abstehen, er würde als auf sein Recht verzichtend und daher als confessus gelten müssen und somit bewirken, dass der Praetor ohne Weiteres den Process zu Gunsten des Beklagten entscheidet und diesem litem addicirt. Je sicherer Jemand auf sein gutes Recht baute, desto eher konnte und musste er sich zur Eingehung der die Vindicienertheilung bedingenden Verpflichtungen verstehen. In welcher Weise sicherte sich nun der Praetor gegen die Folgen seines vielleicht unrichtigen Decretes? Muss nach Obigem in diesem Falle noch Spielraum für die eigene processfördernde Thätigkeit des Gegners bleiben, besteht neben der Verhaftung des Praetors aus seinem Decrete noch die Pflicht des Gegners zur sachgemässen Fortführung des Processes, so hat der Praetor nur dafür Vorkehrungen zu treffen, dass der Gegner den Weg zum eigenen Handeln geebnet findet, dass er bei seinem Versuch, die im Besitze des Vindicieninhabers befindliche Sache in das jus zu bringen, auf kein Hinderniss Seitens desselben stösst. Der Praetor lässt sich daher von demjenigen, welchem er die Vindicien zusprechen will, weiter nichts versprechen, als dass er für den Fall, dass sich das Decret nach Ausweis der sententia judicii als zu Unrecht erlassen herausstellen sollte, dem die Sache weiter verfolgenden Gegner keine Schwierigkeiten machen wolle, dass er diesem die Sache exhibiren, dass er ihm potestatem rei facere wolle[96]).

[95]) vgl. Stintzing Krit. Zeitschr. III S. 355.

[96]) Ein ähnliches Exhibitionsversprechen hatte der praetorische Ladungsvindex abzugeben; s. Lenel in Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. II Rom. Abth. S. 45 ff.

Also durch Abnahme eines Exhibitionsversprechens vom Vindicienempfänger sicherte sich der Praetor gegen die ihn treffenden nachtheiligen Folgen seines Decretes. Er hatte damit auch für den Gegner genug gethan, da er ihm bestmöglich ein erfolgreiches eigenes Handeln gewährleistet hatte. Entstand auch kein Verpflichtungsverhältniss zwischen dem Vindicieninhaber und dem Gegner aus der Vindicienertheilung an sich, so kam doch dem letzteren der zwischen dem ersteren und dem Praetor abgeschlossene processuale Vertrag zu Statten. Der Praetor hatte demnach seine eigene ihm aus seinem Decrete dem Gegner gegenüber erwachsene Verpflichtung auf den Vindicienempfänger durch einen besonderen Rechtsact abgewälzt und dem Gegner die Möglichkeit eigener unbehinderter Rechtsverfolgung gewährleistet: er hatte es bewirkt, dass die unrichtige Vindicienertheilung für keine Partei unverdienten Schaden oder Vortheil zu bringen brauchte, er hatte sie unschädlich in ihren Wirkungen gemacht[97]. Das aus Anlass der Vindicienertheilung zwischen dem Praetor und dem ausersehenen Vindicienempfänger abzuschliessende processuale Rechtsgeschäft war also ein Geschäft zu Gunsten eines Dritten, des Gegners, mit der Wirkung, dass dieser Dritte daraus unmittelbar berechtigt ward. Denn das würde der Stellung des an der Sache selbst nicht interessirten Magistrates schlecht entsprechen, wenn in seiner Person gleich als einer Privatperson aus der Processleitung privatrechtliche Rechte und Verpflichtungen begründet würden; soweit ging die öffentlichrechtliche Pflicht des Magistrates, das Recht zu verwirklichen, nicht, dass er in Ausübung derselben selbst zum privatrechtlichen Schuldner und deswegen auch zum privatrechtlichen Gläubiger sich machen müsste[98]. Kraft seines imperium hatte er das Decret erlassen, hatte er dem Vindicienempfänger das Exhibitionsversprechen abgenommen, und Kraft desselben imperium konnte er ihn auch zur Erfüllung desselben anhalten

---

[97]) Vorausgesetzt, dass der siegreiche Gegner überhaupt die Exhibition der Sache verlangt; wo nicht, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er sein Recht einbüsst.

[98]) Stintzing Krit. Zeitschr. III S. 356.

und zwingen. Directe Zwangsmittel werden ihm zu Gebote gestanden haben; aber auch indirecte konnten ihm nicht fehlen. Zu letzteren gehört die weitere Massregel des Praetors, dass er sich vom Vindicienempfänger Bürgen stellen liess, welche dafür einstanden, dass der Vindicieninhaber die Sache dem Gegner auf Verlangen exhibire. Das sind die praedes vindiciarum; sie sind wahre praedes, d. h. Bürgen, welche nicht einem Privaten, sondern dem Magistrat gestellt wurden[99]). Der Bericht des Gajus IV, 16, nach welchem die praedes dem Gegner gestellt wurden, kann uns darin nicht irremachen; Gajus hat die Bedeutung der praedes einfach nicht gekannt, und es ist nicht nöthig, diesem Berichte durch Deutelung den wahren Sachverhalt unterzulegen. Warum er aber falsch ist, warum sich der Praetor die praedes geben liess, haben wir gesehen.

Wir kommen hiernach zu der Erkenntniss, dass das Schlussverfahren für den Fall, dass der Praetor die Vindicien falsch ertheilt hatte, nichts weiter war, als eine Wiederholung des Einleitungsverfahrens. Der Sacramentssieger nimmt zuerst eine aussergerichtliche legis actio per man. inj. an dem Streitobjecte vor, welches ihm der Vindicieninhaber auf Verlangen zum Zwecke derselben exhibiren muss; hierin unterscheidet sich dieser Fall von dem andern, dass der Praetor das Decret richtig erlassen hatte. Im Uebrigen ist das Schlussverfahren in beiden Fällen dasselbe. Hatte der Sieger das Streitobject in jus gebracht, so nahm er hier noch einmal die man. inj. vor mit darauf folgender legis actio per vindictae impositionem, in welcher der Antrag auf addictio zum Ausdruck gebracht ward, und wenn nicht etwa noch ein Dritter contravindicirte so addicirt der Praetor dem Sacramentssieger litem. Eine etwaige Contravindication des Processgegners, ob gerichtlich, oder ob schon aussergerichtlich angestellt, ist wirkungslos[100]).

---

99) Diese Bedeutung der praedes hat Mommsen Stadtrechte S. 467 längst erwiesen.

100) Vgl. Huschke „Gajus“ S. 169. Stintzing Krit. Zeitschr. III S. 352 und Bekker Consumption S. 322 (s. oben S. 239 N. 61).

Dieses Schlussverfahren eine Execution zu nennen, ist nicht unrichtig; aber es könnte die Vorstellung erwecken, als ob nur dieses das Executionsverfahren war. Es ist dasselbe Executionsverfahren, wie das Einleitungsverfahren; war doch die vindicatio von Anfang an und ihrer ganzen Idee nach im Legisactionensystem Sachverfolgung, Execution. Diese kann dadurch, dass der bisherige Besitzeigenthümer contravindicirt, und deshalb das Sacramentsverfahren in judicio nöthig wird, vorläufig gehemmt werden; das Schlussverfahren ist nur die Fortsetzung, die Wiederaufnahme und Durchführung der vorher unterbrochenen Execution, und auch diese kann wieder von Neuem gehemmt werden durch das Auftreten eines andern vindex.

Uebrigens war die addictio nur das ordentliche Endurtheil im dinglichen Legisactionenprocess, wenn derselbe seinen normalen Verlauf nahm und vollständig durchgeführt ward. Es wird nicht immer erbeten und ergangen sein. Hatte der Sacramentssieger von Anfang an die Vindicien erhalten, oder hatte er die Sache durch die aussergerichtliche man. inj. in seine Hände bekommen, so wird er häufig von dem Antrage auf formelle addictio Abstand genommen haben. Denn res judicata lag ja nach dem Erlasse der sententia judicii vor, und daher konnte er einer etwaigen späteren vindicatio Seitens desselben Processgegners die Berufung auf die Rechtskraft entgegensetzen. Dem Sacramentssieger aber stand es für alle Zeiten frei, noch nachträglich die addictio zu beantragen, was namentlich dann Sinn hat, wenn der ehemalige Processgegner noch einmal die Sache vindiciren sollte. Die Regel: de eadem re ne bis sit (legis) actio bezieht sich nicht sowohl auf den Sieger im früheren Processe, als auf den Besiegten: dessen legis actio sollte wirkungslos sein. Wird sonach in vielen Fällen die sententia judicii factisch das einzige und damit das Endurtheil des Sacramentsprocesses gewesen sein, so kam es mir doch darauf an, den Nachweis zu führen, dass das wahre und ordentliche Endurtheil eben die addictio war, dass jene sententia judicii rechtlich nur ein Zwischenurtheil war. Mit dem erbrachten Beweise dessen könnte ich hier mit der legis actio sacr. in rem abbrechen. Indessen da ich einmal auf die praedes vindiciarum eingegangen bin, so erfordert es die Vollständigkeit, nicht nur den Inhalt der Verpflichtungen dieser praedes noch

weiter zu praecisiren, sondern auch noch der praedes litis zu gedenken.

§ 13.

Die praedes vindiciarum und die praedes litis.

Ich habe im vorigen Paragraphen dargethan, dass die praedes vind. sich beim Praetor für die Erfüllung des vom Vindicienempfänger ebenfalls dem Praetor abgegebenen Exhibitionsversprechens verbürgten. Die vertragsmässige Verpflichtung des Vindicienempfängers und somit auch der praedes vind. war aber noch eine weitergehende; der Praetor liess sich von ihnen in seinem eigenen Interesse, damit eine unrichtige Vindicienertheilung dem Gegner keinen unverdienten materiellen Schaden bringe, noch ein Mehreres versprechen. Gajus IV, 16 und 94 spricht von praedes litis et vindiciarum (besser umgekehrt) und fügt zur Erklärung hinzu: id est rei et fructuum. Man kann zweifelhaft sein, ob Gajus zwischen praedes litis und praedes vind. unterscheidet oder nicht, d. h. ob zwischen den praedes und dem Praetor nur ein Vertrag geschlossen wird oder mehrere selbständige; letzterenfalls brauchten z. B. die praedes litis nicht dieselben Personen zu sein, wie die praedes vind. Nach der verschiedenen Bedeutung von lis und vindicia glaube ich, dass wir in der Sache zwischen den beiden praedes zu unterscheiden haben; die Verpflichtung der praedes vind. habe ich bereits in der Hauptsache angegeben, und über die der praedes litis werde ich nachher sprechen. Aber die Gajusstelle regt noch mehr Zweifel an. Wie ist die Erklärung: id est rei et fructuum gemeint? Dient res zur Erklärung von lis, fructus zur Erklärung von vindiciae, und sind darnach die praedes litis praedes rei, die praedes vind. praedes fructuum? Oder fasst sich Gajus insofern kurz, als er unter den ersteren zwar praedes rei, unter den letzteren aber praedes rei et fructuum versteht? Oder erläutert jener Zusatz nur die vindiciae? Eine bestimmte Antwort auf diese Fragen vermögen wir der Gajusstelle selbst nicht zu entnehmen; soviel aber scheint doch aus ihr hervorzugehen, dass die praedes vind. (auch) eine Verpflichtung in Bezug auf fructus eingingen. Wir wissen nun aber, dass vindiciae nicht die fructus des Streitobjectes,

sondern dieses selbst bezeichnen, und ich habe auch ausgeführt, inwiefern die Verpflichtung der praedes vind. auf die res selbst ging. Wenn wir nun von Gajus erfahren, dass diese Verpflichtung auch auf die fructus sich ausdehnte, so ist dies eben eine secundäre. Es gilt jetzt, dieselbe zu erklären.

Der Praetor hatte nach summarischer Prüfung die Vindicien der einen Partei unter der Voraussetzung ertheilt, dass sie das bessere Recht auf die Sache und ihren Besitz habe; er hatte ihr Besitzeigenthum an der Sache bestätigt, freilich nur vorläufig und unter einem dies ad quem für den Fall, dass sich sein Decret als zu Unrecht erlassen herausstellen sollte. Mit dem Besitzeigenthum war aber der usus gegeben; usus in der alten Bedeutung bezeichnet kein Rechtsverhältniss, sondern eine Handlung, die Handlung des uti, die usio, wie sie auch genannt wird[1]). War das Eigenthum ursprünglich Besitzeigenthum, und setzt der usus immer Besitz voraus, so hat auch nur der Besitzeigenthümer wie die Macht, so auch das Recht zum usus[2]). Identisch mit dem uti oder usus ist nach ältester Terminologie das frui oder der fructus[3]), und daher bedeuten uti wie frui ursprünglich: das Lebensverhältniss der Nutzung als Gebrauchs- wie Ertragsnutzung; daneben bedeutet fructus allein noch das Ergebniss solcher Nutzung, den aus der Sache oder vermittels derselben gezogenen Nutzen, insbesondere also auch die Frucht. Mit dem Besitzeigenthum hatte also der Praetor dem Vindicienempfänger auch das Recht zum uti oder frui bestätigt; er hatte ihm aus eigener Machtvollkommenheit

---

[1]) s. Voigt XII Tafeln II § 80 N. 4, von dem ich in der Begriffsbestimmung des usus abweiche.

[2]) Wenn die XII Tafeln schon das usu capere kennen, so bewirkte dasselbe nicht, wie später. quiritisches Eigenthum; denn dieses hatte der Usucapient als Besitzeigenthümer ja schon vorher; sondern es bewirkte das denkbar beste, das absolute quiritische Eigenthum.

[3]) Ueber die Bedeutung des frui vgl. Voigt XII Tafeln II § 80 N. 3 und § 89. — Dass fructus gleich usus „die factische Möglichkeit, die Sache zu benutzen“ (Puchta Inst. I § 169 Text vor N. i.) bedeutet, beweist auch die licitatio fructus im possessorischen Interdictsverfahren: sie ist das Bieten auf den Interimsbesitz, und nur der Besitz gewährt die factische Möglichkeit der Nutzung.

das Recht zur Gebrauchsnutzung wie, wenn die Sache eine fruchtbringende ist, zur Fruchtziehung eingeräumt. Der Vindicienempfänger sollte frei schalten können mit seinem Eigenthumsobjecte: er konnte die Sache nutzen, die Früchte ziehen oder nicht, er konnte den gezogenen Gewinn in natura bewahren oder verausgaben, verzehren. Aber dies Alles unter der Voraussetzung, dass der Vindicienempfänger im Sacramentsverfahren siegen würde, dass er der besser Berechtigte als der Gegner sei. Ein ungerechtfertigter Gewinn sollte ihm aus der Vindicienertheilung nicht erwachsen; durch seine Nutzung sollte und durfte das bessere Recht des Gegners nicht geschmälert werden. Stellte sich letzterer als der besser Berechtigte heraus, so ward es hinterher unzweifelhaft, dass er den Nutzen von der Sache hätte ziehen müssen, welchen etwa der Vindicienempfänger gezogen hat. Auch hier haftete wieder der Praetor aus seinem Decret für den Schaden des Gegners; auch hier hatte er den Gegner vor Schaden zu bewahren und damit sich selbst zu sichern gegen die Folgen der zu Unrecht ertheilten Vindicien. Er liess sich daher von dem Vindicienempfänger für den Fall, dass sein sacr. für injustum befunden würde, Restitution des etwa aus der Sache gewonnenen Ertrages in natura bez. Werthersatz an den Sacramentssieger versprechen und legte den praedes vind. die Haftung auch hierfür auf.

Wir sehen also, dass mit der litis addictio der dingliche Process nicht immer ganz beendet war. Er war nur dann beendet, wenn der Praetor rectam vindiciam gegeben hatte, oder andernfalls, wenn der unterliegende Vindicieninhaber freiwillig den Gewinn aus der Sache bez. dessen Werth dem Sieger restituirt hatte. Weigerte er sich aber dessen, sei es, weil er behauptete, keinen Gewinn aus oder mit der Sache erzielt zu haben, sei es, weil er den vom Gegner behaupteten Betrag des Gewinnes bestritt, und konnte zwischen den Parteien keine Einigung durch pactum herbeigeführt werden, so wurde noch ein gerichtliches Nachverfahren nöthig. Dieses ordnet nun tab. XII, 3 an. Si velit is, sc. cui lis addicta est, das Nachverfahren veranlassen, so soll er den Praetor um die Anordnung desselben angehen[4]).

[4]) Auch hier gilt das Princip des Parteibetriebes.

Dieser giebt alsdann drei arbitri, setzt ein judicium von drei arbitri nieder, deren Aufgabe es ist, den dem Kläger erwachsenen Schaden zu ermitteln und das Ergebniss dieses wesentlich dem Beweise der klägerischen Behauptungen dienenden Verfahrens in einem arbitrium, welches analog der sententia judicii ist, niederzulegen. Damit ist das Amt der arbitri zu Ende. Aber wie im Hauptverfahren, so sind auch in diesem Nachverfahren die Parteien nicht darauf angewiesen, sich selbst die Folgerungen aus diesem arbitrium zu ziehen, sondern es ist wieder der Praetor, welcher nöthigenfalls das letzte Wort in diesem Nachverfahren spricht. Unser Zwölftafelgesetz wendet sich mit den Worten: fructus duplione damnum decidito offenbar nicht an die drei arbitri (nicht deciduntо!), sondern vermuthlich an den Vindicienempfänger; dieser soll dem Gegner das Doppelte der Aestimationssumme leisten, das Doppelte als Strafe dafür, dass er es böswillig oder culpos zum Nachverfahren hatte kommen lassen; die poena dupli war eine poena temere litigantium. Wie nun, wenn er nicht freiwillig diese poena zahlte? Erwirkte der Gegner etwa vom Praetor eine condemnatio, welche ihn zur legis actio per man. inj. auf den Vindicienempfänger ermächtigte? Diese Annahme lässt die Art, wie gegen die praedes vorgegangen wurde, nicht zu. Nach Mommsens[5]) Ausführungen hafteten die praedes mit ihrer eigenen Person; sie unterliegen der legis actio per man. inj., d. h. sie werden von dem siegreichen Gegner in servitutem vindicirt; vorausgesetzt allerdings, dass weder sie noch der Vindicienempfänger dem Gegner das duplum leisten. Mommsen ist nun des Näheren der Meinung, dass, falls dem Gegner das duplum nicht geleistet ward, dieser sich nicht an den Vindicienempfänger selbst halten konnte, sondern nur an die praedes; indessen ist dies unglaubhaft. Auch der Vindicienempfänger unterlag der legis actio per man. inj. Seitens seines Gegners; auch er hatte, wie die praedes, dem Praetor Versprechungen machen müssen. Freilich war er nicht das principielle und primäre Manusinjectionsobject für den Gegner; vielmehr hatte dieser nach den Grundsätzen auch noch der

[5]) Stadtrechte S. 470 ff.

späteren Bürgschaft die Wahl, ob er den Vindicienempfänger oder die praedes, und unter letzteren wieder, welchen er in servitutem vindiciren wollte. Praedes und Vindicienempfänger hafteten in gleicher Weise; aber nur gegen einen durfte der Gegner mit der man. inj. vorgehen. — Hiernach bestimmt sich das Versprechen, welches Vindicienempfänger und praedes dem Praetor leisteten, dahin: dem Gegner für den Fall seines Sieges Sache und Früchte bez. deren Ersatz herauszugeben, widrigenfalls sie ihn zur legis actio per man. inj. gegen sich berechtigten[6]); die man. inj. ist also keine gesetzliche, sondern die Folge eines Vertrages.

Wir sehen also, dass es sich im Nachverfahren nie um Restitution der vindicia, des Streitobjectes selbst in natura handelt; für die Erzwingung dieser dient der Hauptprocess, und zwar das Schlussverfahren desselben in jure. — Nebenbei will ich noch bemerken, dass der siegreiche Vindicant Restitution oder Ersatz desjenigen Gewinnes, welchen der Gegner vor Anstellung der vindicatio aus der Sache erzielt hat, ursprünglich nicht verlangen konnte: er verfolgte ja nur die res, nichts Anderes.

Das besprochene Zwölftafelgesetz tab. XII, 3 hatte aber noch einen weiteren Inhalt; dies führt uns hinüber zu den praedes litis.[7]) Die litis addictio war nicht möglich, wenn das Streitobject untergegangen, oder wenn es auch nur nicht — exhibirbar war. In letzterer Beziehung war es denkbar, dass die Sache dem Vindicieninhaber abhanden gekommen oder gestohlen war; ja er konnte sich damit ausreden wollen, während er selbst die Sache verborgen hielt oder einem Andern zur Aufbewahrung und Verheimlichung übergeben hatte; auch das konnte vorkommen, dass er sie doloser Weise in sacrum dedicirt hatte (tab. XII, 4). Wie war hier dem Vindicanten zu helfen?

---

[6]) Mommsen a. a. O. S. 473 schliesst aus dem Rechte der Praeden, dass es ursprünglich noch keine klagbaren Privatforderungen gab, und dass, als es sie später gab, die Klage die man. inj. war. Wie sehr Mommsen in dem letzteren Punkte das Richtige getroffen hat, wird der § 15 lehren.

[7]) Mit den praedes sacr. sind sie natürlich ganz und gar nicht zu identificiren.

Oder blieb er ohne Hilfe und ganz rechtlos? Ich will die einzelnen genannten Fälle der Reihe nach betrachten.

Ich bespreche zuerst den Fall des Unterganges der Vindicien. Mit dem Untergange des Objectes des provisorischen Besitzeigenthumes war auch das Object des endgiltigen Besitzeigenthumes untergegangen: die lis. Es war kein Object für das Besitzeigenthum mehr da, folglich auch kein Object des Eigenthumsstreites: der dingliche Process war gegenstandslos geworden. Die Verpflichtung des Vindicienempfängers, die Vindicien der Gegenpartei für den Fall ihres Sieges in judicio zu exhibiren, kam in Wegfall, und auch die praedes vind. (nicht litis) wurden insoweit frei. Siegte der Vindicienempfänger selbst im Sacramentsverfahren, so hatte er den casus zu tragen; siegte er aber nicht, hatte dann der Gegner einen persönlichen Anspruch gegen ihn? Oder traf auch diesen der casus? Das ist gewiss, dass er ein eigenes, ein aus seinem besseren Rechte (nudum jus) sich nothwendig ergebendes Recht auf Schadenersatz nicht hatte; seine vindicatio konnte sich nicht ohne Weiteres und aus sich heraus in eine actio personalis auf Schadenersatz umsetzen; denn zwischen den beiden Vindicanten bestand kein Rechtsverhältniss, dieses spannte sich vielmehr nur zwischen Vindicant und Sache. War sie untergegangen, so hatte sich die Beziehung zwischen Person und Sache völlig gelöst; eine Beziehung zwischen Person und Person aber bestand von Anfang an nicht. Hatte es nun bei dieser Consequenz sein Bewenden? Musste sich der Gegner in das Unvermeidliche fügen? „Die Gerechtigkeit ältesten Styls legte da die Hände in den Schoos und liess den Sieger im Stich,“ lehrt Kuntze[8]) entschieden. Allein wer möchte dies glauben? Tab. XII, 3 und die praedes litis belehren uns zum Glück eines Besseren. Wer trug denn die Schuld, dass die Sache sich nicht von Anfang an im Besitzeigenthume des materiell besser Berechtigten befand, dass sie bei dem minder Berechtigten unterging? Der Praetor ist es, welcher falsam vindiciam gegeben hatte. Das wäre aber eine eigenthümliche Gerechtigkeit, wenn der besser Berechtigte, welcher beim Magistrat Recht suchte, und welchem

[8]) Die Obligationen und das jus extraord. S. 37.

der Magistrat zu seinem Recht verhelfen sollte und wollte, gerade durch diesen zufolge seines materiell unrichtigen Decretes um sein Recht kommen sollte, wenn das Verfahren in judicio formell sein besseres Recht zur Anerkennung brächte, die Art der Processleitung des Praetors aber gleichzeitig es materiell unwiederbringlich zerstörte! Ein eigenthümliches Gerichtsverfahren, das dazu angethan war, den Rechtsuchenden um sein Recht zu bringen! Zwar das praetorische Decret selbst war nach den alten Processeinrichtungen unbedingt nöthig; aber gab der Praetor der einen Partei die Vindicien, so hatte auch er dafür zu sorgen, dass daraus dem Gegner kein Schaden erwachse. Der Praetor musste sich gegenwärtig halten, dass er mit seinem Decret einen falschen Griff thue; aber darum war es auch seine Sache, den Gegner gegen die Folgen eines solchen zu sichern. Und diesem wiederum konnte es gleichgiltig sein, wie der Praetor über seine Sache, auf die er ein Recht hatte, verfügte, wenn nur sein Recht in dem Augenblicke wo es ausser Zweifel gesetzt war, voll und ganz gewahrt wurde. Dass der Praetor durch eine falsche Vindicienertheilung in sein besseres Recht eingriff, war für ihn schon zu ertragen, aber nur unter der Voraussetzung, dass es dadurch zuletzt um Nichts gekümmert war. Der Praetor ist aus seinem Decrete der Partei, welcher er die Vindicien absprach, für alle Folgen desselben verantwortlich, nicht bloss für den Ersatz des vom unterliegenden Vindicieninhaber aus der Sache gezogenen Nutzens, wie oben ausgeführt, sondern auch für den Ersatz der untergegangenen lis, wie wir jetzt hinzufügen. Daher liess er sich auch hier vom Vindicienempfänger unter Stellung von praedes, welche auch hier wirkliche praedes sind, welche aber hier praedes litis mit Recht heissen, den Ersatz der etwa untergehenden lis an den siegenden Gegner versprechen. Diesem ward kein materieller Schade zugefügt, wenn er statt der lis selbst ein gleiches Stück oder ihren Werth in Geld erhielt. Leistete aber der unterliegende Vindicieninhaber nicht freiwillig Ersatz, oder konnten sich die Parteien über die Höhe des Werthes der lis nicht einigen, so kam es auch hier zu dem Nachverfahren der tab. XII, 3, welches die poena dupli für den Vindicienempfänger wie für seine praedes litis zur Folge hatte; ward sie nicht freiwillig geleistet, so stand dem Gegner das

Recht zur man. inj. in der oben beschriebenen Weise zu. — Der Untergang der lis brachte nur das Vindicationsverfahren in jure zum Stillstand, zum Untergange, weil er die addictio litis unmöglich machte. Auf das Beweisverfahren in judicio hatte er keinen Einfluss; dieses musste zu Ende geführt werden, damit sich aus der sententia judicii ergäbe, ob der Vindicienempfänger ersatzpflichtig sei oder nicht.[9]) — Weil das Nachverfahren in Gemässheit der tab. XII, 3 auch an den Untergang der lis anknüpfen konnte, so nehme ich mit Huschke und Voigt an, dass in der Lücke des Zwölftafelfragmentes neben den fructus auch der res selbst Erwähnung gethan worden ist; doch werden wir besser nicht das Wort rei, sondern litis ergänzen, da es ja auch heisst: praesenti litem, nicht rem, addicito.

War die lis nicht körperlich untergegangen, sondern nur dem Vindicienempfänger abhanden gekommen, so war er ebenso dem siegreichen Gegner zum Schadenersatz verpflichtet, wie im Falle ihres Unterganges; auch für diesen Fall liess sich der Praetor Schadloshaltung des Gegners vom Vindicienempfänger unter Stellung der praedes litis versprechen. Ueberdies aber stand dem Gegner die Verfolgung des furtum gegen den Entwender zu, und es mag sich der Vindicienempfänger vom Gegner für den Fall, dass er später der lis habhaft werden sollte, Rückleistung des Gezahlten ausbedungen haben. Aber auch der Vindicienempfänger selbst konnte gegen den dritten Besitzer furti agere, da er besser berechtigt als dieser war, und erlangte er die Sache, so konnte er sie, wenn er den Schaden bereits ersetzt hatte, als res empta behalten, falls nicht etwa der ehemalige Gegner ihre Auslieferung gegen Rückleistung des Empfangenen von ihm sich hatte versprechen lassen.

Uebrigens brauchte der Gegner dem Vindicienempfänger nicht ohne Weiteres zu glauben, dass die Sache untergegangen oder ihm abhandengekommen sei; in der Leistung des Schadenersatzes lag nicht nothwendig ein Kauf des Streitobjectes, dazu gehörte vielmehr natürlich Willensübereinstimmung der Parteien, also vor Allem der Wille des Gegners, sich mit dem Schadenersatze für alle Fälle für abgefunden zu halten. Daher

---

[9]) Die lis brauchte ja auch in judicio nicht gegenwärtig zu sein.

konnte der Gegner, insoweit dies nicht zutrifft, nicht bloss später die Sache vindiciren, wenn er sie im Besitzeigenthume des Vindicienempfängers sah, sondern er konnte auch von Anfang an, wenn er ihm nicht glaubte, bei ihm lance licioque furtum quaerere,[10]) ja auch später noch gegen ihn, falls er bei ihm die angeblich untergegangene oder abhandengekommene Sache antraf, furti agere.[11])

Dem physischen Untergange stand der Untergang der Sache für den Rechtsverkehr gleich, d. h. der Fall, dass die lis extra commercium Seitens des Vindicieninhabers gesetzt, insbesondere in sacrum dedicirt ward. Hierüber enthielten die XII Tafeln nach Gajus in L. 3 D. 44, 6 ein eigenes Gesetz. Zwar geben die meisten Neueren[12]) diesem Gesetze eine andere Beziehung; sie verstehen unter der res, de qua controversia est, nicht die lis, die res litigiosa (trotz des Digestentitels 44, 6: de litigiosis und der L. 1 pr. daselbst), sondern diejenige Sache, „in Betreff deren ein Rechtsanspruch nur erst einfach ausgesprochen und ihrem Inhaber zur Kenntniss vermittelt, eine Klage selbst dagegen noch nicht in jure eingebracht ist“ (Voigt). Allein diese Auffassung ist nicht haltbar. Res, de qua controversia est, ist, wenn der Ausdruck von den XII Tafeln gebraucht wird, eine Umschreibung für vindicia oder besser lis (s. oben S. 249); ist meine Vermuthung, dass delicare etymologisch von lis abgeleitet ist, (s. oben S. 248 N. 75) richtig, so spricht auch der Wortlaut des Gesetzes, welches delicare, nicht dedicare, gehabt haben dürfte, dagegen. Treffend ist ferner die Definition der res litigiosa in frag. 8 de jure fisci: de qua lis apud suum judicem delata est; also es ist das Streitobject nach der Litiscontestation. Das hier genannte edictum Augusti behandelt die Veräusserung der res litigiosa unter demselben Gesichtspunkte, wie unser Zwölftafelgesetz: es droht eine Strafe an. Mit ihm ist es daher auch zu vergleichen, und nicht mit

---

[10]) s. Kuntze die Obligationen und das jus extraord. S. 36 N. 4.

[11]) Wurde er des furtum überführt, d. h. hatte er die Sache widerrechtlich versteckt gehalten, so lag ein furtum an der eigenen Sache vor; denn seine eigene war es, so lange er sie im Besitze hatte.

[12]) Lotmar Krit. Stud. S. 150 ff. Voigt XII Tafeln II § 135 und die daselbst Genannten.

anderen Stellen, wie L. 8 § 1, L. 12 D. de alienatione judicii mutandi causa facta 4, 7, welche zwar von Veräusserung der res controversiosa im Sinne der genannten Schriftsteller sprechen, aber unter einem ganz anderen Gesichtspunkte, nämlich demjenigen, welchen eben der Digestentitel 4, 7 angiebt. Um eine mutatio judicii, um eine beabsichtigte Verschlechterung der condicio adversarii durch Uebertragung des Processes auf einen potentior adversarius handelt es sich in unserem Zwölftafelgesetze nicht, mag auch Gajus seine Tendenz so verstehen,[13]) wie sich nachher des Näheren ergeben wird; sonst stünde die L. 3 cit. unter einem falschen Digestentitel, gehörte sie nicht in Tit. 44, 6, sondern in Tit. 4, 7. Vor Allem aber wäre nicht abzusehen, wie im Legisactionensystem eine Sache bloss controversiös und nicht zugleich litigiös werden könnte. Wozu sollte der spätere Kläger dem Besitzer vorher denuntiiren, dass er gegen ihn vindiciren wolle? Er stellt ohne Weiteres, wenn ihm die Restitution der Sache verweigert wird, die legis actio per man. inj. aussergerichtlich an und leitet damit den Process ein, der nun unmittelbar in jure stattfindet, und der,

[13]) Ich kann es nicht als gewiss, aber doch als zweifelhaft hinstellen, ob die Begründung der poena dupli damit, dass die dedicatio den Processgegner einem potentior adversarius tradirt und dadurch seine Lage verschlechtert, ihm seine Rechtsverfolgung erschwert, von Gajus und nicht vielmehr von den Compilatoren herrührt. Verdächtig ist es nämlich, dass das duplum dem Processgegner als solacium zugebilligt wird. Solacium im Sinne von Entschädigung, Entgelt, ja Vermögensvortheil findet sich öfters in Justinianischen Constitutionen: L. 53 (54) § 3 C. 1, 3, L. 2 (3) § 1 C. 4, 27, L. 31 § 2 C. 5, 12, L. 3 § 2 C. 6, 40, L. 3 § 3 C. 10, 35, L. 4 C. 12, 17, auch bei Theodos in L. 2 § 1 C. 10, 34 (33). In den Digesten sind die Worte: competens solacium in L. 22 § 8 D. 24, 3 so gut wie sicher Justinianisch, s. Eisele und Gradenwitz in Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 7 Rom. Abth. S. 30, S. 59 ff. In L. 13 § 1 D. 8, 4 dürfte mit schlechteren Handschriften solarium statt solacium zu lesen sein. In L. 6 pr. D. 23, 3 scheinen aber die Worte solacii loco deswegen interpolirt zu sein, weil nachher in dem Satze: ne et pater filiae amissae etc. der Grund für die Entscheidung angeführt wird. In L. 33 § 3 D. 26, 7 scheint der Nebensatz mit nisi, in dem sich auch das Wort solacium findet, äusserlich und sachlich Emblem zu sein. Gegen die Echtheit der Gajusstelle liegen also einige Bedenken vor; vielleicht ist echt nur der Anfang bis patimur und dann noch der eine Satz: sed duplum — exprimitur.

wenn der bisherige Besitzer contravindicirt, sofort zur litis contestatio und zur Vindicienertheilung führt. Ich beziehe daher das Zwölftafelgesetz auf die vindiciae latae; es enthielt bei Androhung der poena dupli für den Vindicieninhaber das Verbot der delicatio der vindicia, richtiger der lis, weil mit der delicatio das Streitobject aufhörte, Verkehrs- und privates Eigenthumsobject zu sein, und darnach dürften die Anfangsworte des Gesetzes dahin zu restituiren sein: si litem in sacrum delicat. Deliciren, der Sache die Eigenschaft als lis nehmen, konnte natürlich nur der Besitzer, der gegenwärtige Besitzeigenthümer, und dies ist der Vindicieninhaber; wie jede Eigenthumsübertragung, so ist auch die delicatio in sacrum zugleich Besitz(eigenthums)übertragung an die Gottheit. Die delicatio war an sich oder für sich allein ein privater und profaner Act; es war möglich, aber nicht nöthig, dass sich an sie der sacrale Act der priesterlichen consecratio anschloss[14]). Sollte ein fundus consecrirt werden, so bedurfte es der Einwilligung der Gemeinde, und überdies nahm der Magistrat selbst die dedicatio vor; nicht so, wenn eine Mobilie consecrirt werden sollte. Einen fundus litigiosus also konnte der Vindicieninhaber nicht leicht Zwecks consecratio dediciren lassen, wohl aber konnte er selbst eine Mobilie Zwecks consecratio dediciren. Mobilie aber wie Immobilie konnte er jederzeit allein dediciren, so dass die Sache nicht durch consecratio sacra ward, sondern profan auch in der Hand des Gottes, bez. der Priester blieb; mag immerhin das Zwölftafelgesetz sich nur auf Mobilien bezogen haben. Ob also die lis consecrirt wurde oder überhaupt werden konnte, darauf kommt nichts an; bloss dedicirt konnte sie jedenfalls werden, zumal wenn sie beweglich war. Der Vindicieninhaber als der gegenwärtige Besitzeigenthümer hatte an sich das Recht, sein Eigenthum zu veräussern, daher auch zu dediciren; die Priester hatten keinen Grund, die zu dedicirende Sache auszuschlagen. Durch die dedicatio ging nun vermuthlich die Sache endgiltig und unwiderruflich in das Eigenthum des

---

[14]) vgl. hierzu und zum Folgenden Mommsen Röm. Staatsrecht I S. 234, II S. 60, und Marquardt Röm. Staatsverw. III S. 276.

Gottes über; hätte der siegreiche Processgegner die dedicirte lis auf dem Wege einer priesterlichen Procedur erlangen können, so hätten die XII Tafeln ihm schwerlich das duplum ihres Werthes zugebilligt[15]). In dem duplum steckt zugleich der Schadenersatz, mit dessen Leistung Seitens des Vindicienempfängers er materiell befriedigt war, und eine poena. Es verhält sich hier die Sache gerade so, als wenn die lis physisch untergegangen war: der Gegner erhielt dann auch nur Schadenersatz, die poena dupli aber nur dann, wenn der Vindicienempfänger es hatte zum Litisaestimations-Verfahren kommen lassen. Auch in unserem Falle erhielt der Gegner principiell nur das simplum, weil er damit schadlos gehalten war; das duplum nur dann, wenn das Nachverfahren stattgefunden hatte. Erst das Zwölftafelgesetz selbst mag gegen den Dedicanten für alle Fälle die poena dupli angedroht haben, und hierin unterschied sich alsdann der Fall der dedicatio litis von dem des Unterganges desselben, und darin lag der Grund, weshalb die XII Tafeln den Fall besonders behandelt haben. Weil aber schon das Gesetz selbst über ihn Bestimmungen traf, so brauchte sich für ihn der Praetor von dem Vindicienempfänger die Schadloshaltung des siegenden Gegners unter Stellung von praedes nicht noch ausdrücklich versprechen zu lassen. Gajus, oder von wem sonst die Schlussworte der L. 3 cit. sind, hatte also das Richtige getroffen, wenn er das duplum nicht dem fiscus, sondern dem Gegner zuspricht, und hierin weicht das Zwölftafelgesetz von dem edictum Augusti des frag. 8 de jure fisci ab.

Hatte übrigens der Vindicieninhaber zwar die Sache gegen das Gesetz dedicirt, fiel aber nachher die sententia judicii zu seinen Gunsten aus, so ist anzunehmen, dass er der poena dupli nicht verfiel; denn nun stellte es sich ja hinterher heraus, dass er ein Recht zur beliebigen Verfügung über die

---

15) Später konnte allerdings der gewesene Eigenthümer eines fundus, welcher zwar vom Magistrat dedicirt und auch von den Priestern consecrirt worden war, aber ohne Genehmigung des Volkes, diesen in einem eigenen Verfahren reclamiren, wie der Fall des Cicero beweist; s. Voigt XII Tafeln II § 185 N. 10.

Sache gehabt hatte; das Gesetz tritt erst dann in Wirksamkeit, wenn das sacr. des Vindicienempfängers für injustum erklärt worden war.

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass der Praetor dem Gegner für den Fall seines Sieges nicht bloss Schadloshaltung für Untergang der lis, sondern auch für ihre Verschlechterung sicherte. Der Gegner brauchte vom Vindicieninhaber die res deterior facta nicht anzunehmen, sondern konnte vollen Schadenersatz verlangen. Bestritt der Vindicieninhaber die Verschlechterung der Sache, oder konnte man sich über die Art der Entschädigung nicht einigen, so fand auch hier das Nachverfahren vor den drei arbitri statt. Leistete der Vindicieninhaber in Gemässheit des arbitrium den vollen Ersatz für die Sache, sowie sie vor der Vindiciienertheilung war, so galt sie als von ihm gekauft; doch konnte er auch dem Gegner mit dessen Willen die verschlechterte Sache und theilweisen Ersatz leisten. Kam er aber dem arbitrium nicht nach, so verfiel er oder seine praedes litis wieder der man. inj. kraft der dem Praetor gemachten Zusicherungen.

So konnten sich in Folge des Vindicationsprocesses aus dem Vindicienertheilungsdecrete des Praetors für den Vindicienempfänger persönliche Verpflichtungen ergeben, für deren Erfüllung er sowohl wie seine praedes mit eigener Person hafteten. Dieses persönliche Element, welches wir mit der an sich rein sachverfolgenden vindicatio verbunden sehen, liegt auch nicht in ihrem Wesen, erklärt sich nicht aus dem Rechte des Vindicanten auf die Sache, der dingliche Anspruch setzt sich nicht aus sich selbst heraus in einen persönlichen um oder erweitert sich zu einem solchen, sondern jenes persönliche Element wird von Aussen her durch die praetorische Regelung des provisorischen Besitzstandes in den dinglichen Process hineingetragen. Was aber Anfangs — im Legisactionsprocesse — durch besondere Verträge und Cautelen vermittelt ward, das ging später im Formularprocesse in dem Begriffe der vindicatio selbst auf, so dass sie sich als eine dingliche Klage darstellt, mit welcher von Anfang an oder ex post auch persönliche Ansprüche geltend gemacht werden können.

---

§ 14.

Die addictio im Eigenthumsprocesse mit sponsio praejudicialis.

Das bisher gewonnene Ergebniss meiner Erörterungen ist in der Hauptsache das, dass die addictio das ordentliche praetorische Endurtheil der legis actio per man. inj. als der dinglichen Klage bezeichnete, mag dieselbe im einzelnen Falle zur legis actio (per prov.) sacr. geführt haben (litis addictio) oder nicht (rei addictio), oder, nach heutigem Sprachgebrauche, dass die addictio das Endurtheil des Sacramentsprocesses war. Um aber das Gebiet der addictio vollständig zu erkennen, habe ich noch auf zwei Punkte einzugehen. Ich bin einmal der Meinung, dass der Legisactionsprocess in rem mit sponsio praejudicialis, den Gajus IV, 95 erwähnt, ebenfalls mit der litis addictio des Praetors schloss, weil er mit der legis actio per man. inj. begann. Und sodann behaupte ich, dass es ursprünglich eine legis actio sacr. in personam im heutigen Sinne nicht gab, vielmehr auch gegen den Schuldner mittels legis actio per man. inj., d. h. mit der dinglichen Klage geklagt ward, so zwar, dass er selbst die res war, welche der Kläger verfolgte, dass also ursprünglich die Obligation dem Berechtigten ein dingliches Recht auf die Person des Schuldners gab.

Was den ersteren Punkt betrifft, so haben wir nach Gajus IV, 90—95 einen dreifachen Weg, in rem zu klagen. Zunächst mittels der formula petitoria, d. h. im Formularprocess in rem; dieser geht uns hier nichts an. Sodann giebt Gajus ein doppeltes Verfahren mit sponsio praejudicialis an; einmal den persönlichen Formularprocess aus einer so gefassten sponsio, dass das Urtheil indirect über das dingliche Recht entschied, was aus IV, 93 ganz deutlich hervorgeht, und sodann den Legisactionsprocess mit einer sponsio, welchen Gajus IV, 95 nur ganz kurz in einer noch dazu verderbten Stelle berührt. Ueber das Verhältniss beider zu einander wissen wir nichts Genaueres. Im Legisactionsprocess konnten wohl nur gewisse dingliche Ansprüche verfolgt werden, im persönlichen Formularprocess aus der sponsio vielleicht alle; für beide mag aber die Beschränkung auf einen bestimmten Streitwerth

bestanden haben, was ich nachher streifen werde. Nach Cic. in Verr. I, 45 hatte der Kläger im Erbschaftsstreite die Wahl zwischen dem Legisactionsprocess[1]) und dem persönlichen Formularprocess aus der sponsio[2]). Der formula petitoria aber mag der Kläger dann die formula aus der sponsio vorgezogen haben, wenn es ihm auf Erlangung der Sache selbst ankam und er nicht mit der pecuniaria condemnatio zufrieden war. Ward nämlich der Beklagte aus der sponsio vom judex zum dare der Sponsionssumme verurtheilt, welche ja der Kläger nicht einforderte, so war der Beklagte aus der stipulatio pro praede litis vindiciarum zur Herausgabe der res verpflichtet. Freilich scheint hier Alles auf den guten Willen desselben angekommen zu sein. Denn leistete er nicht freiwillig, so hätte die Klage aus dieser stipulatio im Formularprocess doch immer nur auf eine pecuniaria condemnatio hinauslaufen können, wenn nicht etwa der Kläger nur dann die Sponsionssumme, auf welche der Beklagte verurtheilt war, nicht einfordern sollte, wenn ihm die Sache selbst vom Beklagten restituirt war. Doch wie dem auch sei, wichtig ist für meinen Zweck nur das Sponsionsverfahren im Legisactionsprocess. Gajus IV, 95 giebt uns von demselben, auch wenn wir von der Lückenhaftigkeit der Stelle absehen, kein anschauliches Bild; er fasst sich sehr kurz, und er muss gute Gründe dafür gehabt haben. Nach Studemunds Ergänzung[3]) wäre die Stelle also zu lesen: summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem; sacramento [enim] re[um] provoc[amus]. Hiernach würde die sponsio nur dazu dienen, anstatt den dinglichen Sacramentsprocess anzustellen, den persönlichen einzuleiten; der Fall läge also ähnlich dem Falle der sponsio praej. Zwecks Einleitung des persönlichen Formularprocesses: der Kläger habe damit begonnen, den Beklagten sponsione zu provociren, um nach Eingehung derselben gegen

---

[1]) Ob mit sponsio, geht aus Cicero nicht hervor; doch werden wir sehen, dass auch dieses Verfahren gemeint sein kann und jedenfalls auch gemeint ist.

[2]) Denn nur in diesem kam eine stipulatio pro praede litis vindiciarum vor, worüber nachher.

[3]) Huschke's Ergänzung stimmt sachlich mit der von Studemund überein.

ihn mit der legis actio sacr. in personam aus der sponsio vorzugehen. So lehrt auch die herrschende Meinung. Indessen erhebt sich dann die Frage: wozu dieses gekünstelte und umständliche Verfahren, da ja doch die directe legis actio sacr. in rem viel einfacher zu demselben Ziele führte? Oder sollte es die dingliche Sacramentsklage zu Gajus Zeit nicht mehr gegeben haben? Dies ist aber schwerlich anzunehmen, weil gerade für (gewisse) dingliche Ansprüche die legis actio sacr. stehen geblieben war. Und ausserdem kehrt die Frage wieder: wie erlangte der siegende Kläger, wenn durch die sententia judicii festgestellt war, dass der Beklagte ihm 125 Sesterzen leisten müsse, und wenn auch allenfalls der Praetor ihn zur Zahlung dieser Summe verurtheilte, welche ja doch laut Abrede vom Kläger nicht eingefordert werden sollte, die Sache selbst? Ich glaube daher, dass der Sinn der Stelle ein anderer war, als nach der herrschenden Auffassung und der Ergänzung von Studemund. Was an der Stelle, wo Studemund ein „enim" setzt — es ist das Ende einer Zeile — gestanden hat, davon hat Studemund selbst keinen Buchstaben erkennen können; er folgt hier Bluhme, welcher, selbst nicht ohne Zweifel, NRE lesen will, wonach ein enim sich zwar ergiebt, aber die Buchstaben re, mit denen auch die folgende Zeile bestimmt anfängt, unerklärlich bleiben und in der Luft schweben. Ich halte die Lesart von Bluhme nicht für richtig, zumal das enim nicht, welches zu einer unrichtigen Interpunction vor sacramento Veranlassung gegeben hat, die den ganzen Sinn der Stelle verkehrt hat. Gestützt auf Göschen, welcher an der Stelle von enim mehr als drei, allerdings unlesbare Buchstaben gesehen hat, glaube ich die Stelle so lesen zu dürfen: ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem sacramento sponsione re[um] provoca[mus][4]). Darnach besagt die Stelle: in einer Centumviral-

[4]) Hätten nur drei Buchstaben in dem Raum von enim gestanden, so wären dies etwa: $\overline{spe}$ oder $\overline{rpe}$ = sponsione. Allein eine Abkürzung für sponsio in dieser Weise kommt in der Handschrift nicht vor. Ich glaube daher, dass, wofür uns Göschen den Anhalt giebt, das Wort sponsione mit kleinen Buchstaben geschrieben war, wie wir sie am Ende der Zeile öfters finden; vgl. für sponsio etwa Gaji apographus S. 241, 20 und S. 245, 12. — Statt reum provocamus ist vielleicht besser zu lesen: reo provocato.

gerichtssache stellt man keine persönliche Klage aus einer sponsio an, wie im Formularprocess, sondern man schreitet zu der legis actio sacr. in rem; nur provocirt man nicht mehr, wie früher, sacramento, sondern sponsione. Da Gajus in der Gegenwart spricht, so erfahren wir hieraus, dass zu seiner Zeit im (dinglichen) Legisactionsprocesse ausschliesslich sponsione provocirt ward, dass daher die Parteien keine Succumbenzgelder an das Aerar mehr zahlten, und dass keine praedes sacr. mehr gestellt wurden. Nun erklärt sich auch die Kürze und Knappheit der Darstellung des Sponsionsverfahrens innerhalb der legis actio bei Gajus. Es ist möglich, dass er den zu seiner Zeit noch üblichen Legisactionsprocess nicht so ausführlich beschreiben zu müssen glaubte; wahrscheinlich aber, dass er es nicht für nöthig befand, an dieser Stelle noch einmal über den Sacramentsprocess in rem, den er schon oben IV, 14 ff. (namentlich IV, 16) eingehend behandelt hatte, Worte zu machen. Er verweist stillschweigend auf das früher Gesagte und giebt nur die Veränderung an, welche in dem einen Punkte der provocatio mit dem Sacramentsprocesse vor sich gegangen war. An die Stelle der prov. sacr. war die prov. sponsione getreten, und damit waren natürlich alle übrigen Acte, welche mit der prov. sacr. zusammenhingen, in Wegfall gekommen: sonst aber ist das Verfahren ganz das alte geblieben. Man wundere sich nicht über den scheinbaren Widerspruch, welcher in dem Nebeneinanderstehen der beiden Worte sacramento sponsione in der Gajusstelle liegt! Gajus versteht unter der legis actio sacr. nicht den einzelnen Processact der prov. sacr., wie es der ursprüngliche Sinn ist, sondern das ganze Processverfahren von der legis actio per man. inj. an bis zur praetorischen addictio, also den alten Vindicationsprocess im Ganzen, wie aus IV, 16 erhellt[5]). Dass, um dies noch zu erwähnen, die prov. sponsione ebensowenig wie die prov. sacr. vor den Centumvirn stattfand, sondern vor dem Praetor, und dass daher Gajus etwas lässig sagt: si apud centumviros agitur, statt etwa: agendum erit, liegt klar zu Tage, ohne dass es der Verweisung auf Gajus IV, 31 bedarf.

[5]) Der scheinbare Widerspruch wird auch äusserlich beseitigt, wenn wir an Stelle der legis actio sacr. in obiger Gajusstelle die legis actio per man. inj. setzen, wie es auch richtiger ist.

Ist meine Auffassung richtig, so hat die sponsio praej. im Formularprocesse eine ganz andere Function, als im Legisactionsprocess. In beiden Processarten ward sponsione provocirt; aber während eine provocatio dem Formularprocess an sich fremd ist, kein integrirender Bestandtheil desselben ist, war dieselbe ein nothwendiges Glied des Sacramentsprocesses. Die provocatio im Sacramentsprocesse hatte ihre bestimmte Stelle, wobei es gleichgiltig ist, ob sacr. oder sponsione provocirt ward; sie findet erst statt nach der legis actio per man. inj. Was also die prov. sponsione im Sacramentsprocesse einleiten sollte, war nicht das Verfahren in jure, welches sie vielmehr als bereits anhängig voraussetzt, sondern das Verfahren in judicio, das Beweisverfahren. Und insofern die legis actio sacr. in früherer Zeit eine actio generalis, d. h. sowohl für dingliche wie persönliche Klagen anwendbar war, hätte die prov. sponsione sowohl im dinglichen wie im persönlichen Processe Platz greifen können; nur hatte die Entwicklung dahin geführt, dass nach der Entstehung des Formularprocesses die legis actio sacr. nur für die dingliche Klage oder gewisse Arten derselben in Uebung geblieben war, sodass also zu Gajus Zeit die prov. sponsione im Legisactionsprocess nur im dinglichen Processe stattfand. Im Formularprocess dagegen musste für die prov. sponsione erst eine Stelle geschaffen werden. Man stellte sie an den Anfang des Processes, um aus der sponsio erst die intentio für den folgenden Process zu gewinnen. Sie leitete demnach das Verfahren in jure ein, und da die sponsio auf ein dare oportere ging, so war die Klage aus ihr stets eine persönliche. Darnach war die Bedeutung der sponsio praej. im Formular- und im Sacramentsprocess eine grundverschiedene; sie praejudicirte im ersteren dem Processe überhaupt, indem sie ihn zu einem persönlichen machte, sie praejudicirte der intentio, dem Klagantrage; im Sacramentsprocess dagegen praejudicirte sie nur dem Verfahren in judicio, indem aus ihr das Beweisthema zu entnehmen war. Darnach war die sponsio im Formularprocess grundlegend und bestimmend für das Endurtheil (des judex), im Sacramentsprocess nur für die ihrer Natur nach ein Zwischenurtheil darstellende sententia judicii, nicht aber für das Endurtheil (die praetorische addictio).

War im Sacramentsprocess die prov. sponsione an die

Stelle der prov. sacr. getreten, so war es natürlich, dass man auch für die sponsio die hergebrachten Sacramentssummen beibehielt; nur ist dabei zu beachten, dass sich im Laufe der Zeit der Münzfuss geändert hatte. Betrug der höchste Satz ehedem 500 asses, so war diese Summe, nach der lex Crepereja in Sesterzen umgerechnet, — denn das heisst bei Gajus IV, 95 der Schlusssatz (nach Studemund) — gleich 125 Sesterzen, und diese Summe giebt auch Gajus richtig an. Den Satz der niederen Sacramentssumme von 50 asses, welcher 12½ Sesterze betragen würde, verschweigt Gajus IV, 95 ganz was um so mehr beachtenswerth ist, als auch Probus IV, 2 nur die 500 asses erwähnt. M. E. hat Bethmann-Hollweg[6]) das Richtige getroffen, wenn er sagt, dass zu Gajus Zeit nur Streitsachen von höherem Werthe vor die Centumvirn gehörten, d. h. in der legis actio (sacr.) zum Austrag gebracht werden konnten. War aber die sponsio im Formularprocess derjenigen im Sacramentsprocess nachgebildet, so mussten auch hier die Sponsionssummen den alten Sacramentssummen entsprechen. Nun aber macht die Angabe von 25 Sesterzen bei Gajus IV, 93 Schwierigkeiten. 25 Sesterzen sind nach alter Rechnung 100 asses, die niedere Sacramentssumme beträgt aber bloss 50 asses. Diese Schwierigkeit wird schwer zu beseitigen sein; doch kann sie gewiss nicht zu der Folgerung berechtigen, dass die Sponsionssummen nicht auf die Sacramentssummen zurückgingen, dass zwischen dem Sponsions- und dem alten Sacramentsverfahren kein innerer Zusammenhang bestände. Die Einen sehen in den 25 Sesterzen den eigentlich höheren, die Andern den eigentlich niederen Sacramentssatz. Zu ersteren gehört zunächst Huschke,[7]) welcher in den 100 asses = 25 Sesterzen den einfachen Satz der höheren Sacramentssumme sieht, der deswegen statt des fünffachen (500 asses) gewählt sei, weil die sponsio selbst nur praejudiciell-imaginärer Natur sei. Er vergleicht die imaginäre Summe der 100 asses z. B. mit dem imaginären nummus unus sestert. Allein wir müssen doch fragen: warum dann gerade den fünften Theil der höheren

---

[6]) Civilpr. II § 64 N. 22 ff., § 88 vor N. 15.

[7]) Multa S. 482 N. 352.

Sacramentssumme? Warum nicht die niedere von 50 asses oder lieber auch hier den nummus unus? Andere stellen die sehr scheinbare Behauptung auf, dass im Gajanischen Texte vor XXV ein C (centum) ausgefallen sei, dass also Gajus IV, 93 dieselbe Sponsionssumme angegeben habe, wie IV, 95[8]). Jedenfalls muss aber derjenige, welcher in IV, 93 die dem höheren Sacramentssatze entsprechende Sponsionssumme erblickt, m. E. den Schluss ziehen, welchen ich oben für das Sacramentsverfahren nach IV, 95 gezogen habe, dass im Formularprocess mittels sponsio praej. nur höhere Streitsachen verhandelt werden konnten, dass man für niedere auf die formula petitoria angewiesen war; ein Ergebniss, dessen Richtigkeit ich auf sich beruhen lassen muss. Sieht man aber in den 25 Sesterzen den niederen Sacramentssatz, so muss man annehmen, dass irgendwann, vielleicht in Folge des mehrfach veränderten Münzfusses, die alten Sacramentssummen verdoppelt worden sind. Dieser Ansicht scheint Bethmann-Hollweg zu sein; wenigstens liesse sich daraus erklären, dass er die höhere Sacramentssumme auf 1000 asses angiebt. Doch würde diese Auffassung im Widerspruche mit Maecian ass. distr. § 47 und Gajus IV, 95 stehen, denn 25 Sesterzen wären zwar gleich 100 asses, 125 aber nicht gleich 1000, sondern gleich 500 asses. Ist aber der höhere Sacramentssatz unverändert geblieben, so wird es auch der niedere sein. Wenn endlich Rudorff[9]) den Satz von 25 Sesterzen damit erklären will, dass die kleinste Injurie mit dieser Summe gebüsst wurde, und in dem Sichverklagenlassen eine Injurie nach L. 1 pr. D. 47, 10 erblickt, so irrt er von Anfang an darin, dass die Strafe für die injuria 25 Sesterzen betragen haben sollte.[10]) Darnach ist

---

[8]) Der Abschreiber war in IV, 93 jedenfalls etwas flüchtig. Man vergleiche nur, wie sorgfältig er die Zahl in IV, 95, und wie anders er sie in IV, 93 schreibt; möglich also, dass er das Zeichen für 100 vorn ausgelassen hat.

[9]) Zu Puchta Inst. I § 168 N. g.

[10]) Es sind 25 asses nach Gajus III, 223; Gellius XX, 1 12; vgl. Festus s. v. viginti quinque. In Coll. II, 5. 5 Paulus ist sestert. ein Glossem.

der beste Ausweg der oben angegebene, dass in 25 Sesterzen ein Schreibfehler statt 125 Sesterzen liegt.

Das Sacramentsverfahren mit sponsio praejudicialis hat der Verkehr selbst ins Leben gerufen. Es war eine sehr practische Erwägung, welche ihm zu Grunde lag, und welche ihm daher auch den Schutz des Praetors zuwandte. Infolge der doppelseitigen prov. sacr. musste immer eine Partei die Sacramentssumme verlieren; der Process mit sponsio hatte verabredetermassen für keinen Theil eine Vermögenseinbusse zur Folge. Die sacr. actio war nicht mehr periculosa, wie früher, und wie das Verfahren mit sponsio poenalis, um mit Gajus IV, 13 zu reden; der Unterschied von „Reich und Arm im römischen Civilprocess"[11]) war gefallen, die Rechtsverfolgung kostenlos geworden. Die Sacramentssummen wurden nicht mehr dem Praetor versprochen, das Aerar verlor damit eine Einnahmequelle,[12]) und die Sponsionssumme ward vom unterliegenden Beklagten nicht eingefordert, weil sie nicht poenal sein sollte. Darum ist auch die prov. sponsione keine zweiseitige, wie die prov. sacr.; eine restipulatio fand nicht statt. Dies war der Vorzug des neuen Sponsionsverfahrens vor dem alten Sacramentsverfahren, welcher ihm die Sanction des Praetors in seinem Edicte einbrachte.[13]) Weil es aber nicht auf der lex, sondern auf der praetorischen Iurisdiction beruhte, deshalb war der Theil des Processes, in welchem sponsione provocirt ward, keine legis actio, wie es die prov. sacr. (legis actio [per provocationem] sacramento) war. Der Process im Ganzen war noch Legisactionsprocess, er begann daher auch mit der legis actio per man. inj., und in diesem Sinne nennt ihn Gajus auch Sacramentsprocess, wie wir gesehen haben, obwohl das wesentliche Stück desselben, welches ihm den Namen gegeben hatte, weggefallen war. Wer also mit sponsio praej. in einer Centumviralgerichtssache klagen wollte, der lege agirte

---

[11]) Ihering Scherz und Ernst S. 175 ff.

[12]) Während nach der herrschenden Meinung auch im Verfahren mit sponsio noch sacr. provocirt ward, also ein sacr. verfallen musste.

[13]) Diese sponsio im Legisactionsprocesse als Processorgan ist eine und vielleicht die erste Anwendung der praetorischen Stipulationen.

bis auf den einen Punkt der prov. sponsione; deshalb wird auch nicht gesagt: lege agere, sondern bloss: agere per sponsionem.

Das Sponsionsverfahren hat schliesslich wohl das alte Sacramentsverfahren ganz verdrängt; in der ersten Zeit seines Bestehens aber muss es noch mit diesem concurrirt haben. Die Wahl, ob lege, d. h. sacramento, oder sponsione agirt werden sollte, hing vom Kläger ab. War er seiner Sache so gewiss, dass er den Einsatz des sacr. wagen konnte, so musste sich auch der Beklagte, wollte er nicht auf sein Recht verzichten, zur Sacramentsverpflichtung verstehen. Zog es aber der Kläger vor, in seinem wie vielleicht auch in seines Gegners Interesse sponsione zu provociren, so konnte ihm streng genommen der Beklagte den Einwand machen, dass er nicht der lex entsprechend den Process weiterführe, und ihn so zwingen entweder gehörig, d. h. sacr. zu provociren oder aber seine Klage fallen zu lassen. Es musste der Praetor diesen Einwand ursprünglich, bevor sich das Sponsionsverfahren der besonderen Fürsorge und Ausbildung des Praetors erfreute, gewiss gelten lassen. Und je mehr der Beklagte auf sein gutes Recht baute, desto eher wird er vom Kläger die legis actio sacr. verlangt haben. Der Praetor duldete Anfangs das Sponsionsverfahren nur dann, wenn beide Parteien damit zufrieden waren. Dies änderte sich aber, als der Praetor ausdrücklich edicirte, dass er das Sponsionsverfahren dem Sacramentsverfahren völlig gleichstellen werde, dass er der prov. sponsione dieselbe Bedeutung und Wirkung, wie der prov. sacr., beilegen werde, ein Edict, welches tralaticisch wurde. Von nun an sollte dem Beklagten die Berufung darauf, dass nicht lege agirt werde im strengen Sinne, nichts nützen; er wird vielmehr vom Praetor angehalten sponsione se defendere. Wollte er dies nicht, so ward er als confessus angesehen, nicht anders, als wenn er nicht seinerseits sacr. provocirt hätte. Ging er aber die angebotene sponsio ein, so folgte der gewöhnliche Schluss des Einleitungsverfahrens in jure, insbesondere die praetorische Vindicienertheilung nach Entgegennahme des Exhibitionsversprechens unter Stellung von praedes[14]) und die

[14]) Die Bürgen wurden dem Praetor gestellt, weil dieser vindicias dabat. Im Formularprocess mit sponsio praej. kam ein solches praetorisches Decret

denuntiatio der Parteien, sich am dreissigsten Tage wieder in jure Zwecks Eröffnung des Beweisverfahrens vor den Centumvirn einzufinden. Für dieses lautete der Beweissatz: ob der Beklagte die Sponsionssumme dare oporteret, und die sententia judicii war praejudiciell für die darauf folgende addictio des Praetors. Der Schwerpunkt des ganzen Processes lag also immer noch in dem Verfahren in judicio; dieses hatte die Rechtsfrage, welche in die sponsio als Bedingung der Verpflichtung aufgenommen war, zu entscheiden, und es ist ganz klar, dass die Sachwalter viel Werth auf ihre Centumviralgerichtsreden legten, während ihnen in jure nicht viel mehr zufiel, als die Aufgabe, für die richtige Vollziehung der legis actio durch die Partei Sorge zu tragen, wie Ciceros Rede pro Murena beweist. Das auf die sententia judicii sich stützende praetorische Endurtheil der addictio ist das von Gajus IV, 169 judicium secutorium genannte Urtheil, quod sequitur sponsionis victoriam.[15])

So zeigt uns denn der Legisactionsprocess mit sponsio praej. die jüngste Gestalt des sogenannten Sacramentsprocesses. Vier Abschnitte desselben haben wir darnach zu unterscheiden. Im ersten wurden Eide geleistet, im zweiten wurden die Sacramentssummen ad pontem (apud pontifices) deponirt; um beides kümmerte sich der Praetor nicht, mit der Ueberwachung der blossen, wörtlichen sacr. prov. war seines Amtes genug gethan. In dem dritten Abschnitte musste sich nach der wörtlichen prov. sacr. der Praetor die Leistung der Sacramentssummen an das Aerar von den Parteien für den Fall ihres

---

nicht vor, weil der Beklagte im Besitze des Streitgegenstandes blieb, und daher versprach weder der Beklagte dem Praetor die Exhibition desselben an den Gegner, noch stellte er ihm Bürgen. Statt dessen versprach der Beklagte dem Kläger selbst die Exhibition und stellte auch ihm selbst Bürgen, wenn solche überhaupt gestellt wurden. Dies ist die stipulatio pro praede litis vindiciarum: pro praede, weil die Bürgen jedenfalls keine praedes mehr waren, oder weil an Stelle der Verpflichtung der praedes die des Beklagten selbst getreten war.

[15]) Im Formularprocess mit sponsio folgte der victoria sponsionis kein weiteres Urtheil: die sententia judicis, auf absolutio oder condemnatio aus der sponsio gehend, war Endurtheil.

Unterliegens versprechen lassen, im vierten trat an die Stelle der wörtlichen prov. sacr. die sachliche und unmittelbare prov. sponsione, mit der Formel jedenfalls, die Gajus IV, 93 für den Formularprocess angiebt[16]).

§ 15.

Die Entstehung der Vertragsobligation im römischen Rechte.

Der zweite Punkt, den ich im Anfange des § 14 angeregt habe, betrifft in Wirklichkeit die Geschichte, besser die Vorgeschichte der römischen Obligation. Ich behaupte, dass die Römer ursprünglich eine Obligation im Sinne des classischen und heutigen Rechtes und daher auch eine persönliche, auf ein dare (facere) oportere gerichtete Klage nicht kannten. Gewiss, erwägt man, welches fein- und rein-geistige Rechtsgebilde die Obligation ist, welchen Grad von juristischer Schulung und Bildung der Begriff der Obligation erfordert, und daneben welchen hohen Culturzustand er voraussetzt, so wird meine Behauptung von Anfang an begreiflich erscheinen. Rom befand sich noch zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung in der Ackerbauperiode und dementsprechend in der Periode der Naturalwirthschaft[1]); die Obligation ist aber wesentlich eine Schöpfung der Geldwirthschaft; die Naturalwirthschaft ist kein günstiger Boden für ihre Zeitigung, wie das deutsche Recht beweist. Wirklich hat es in Rom zur Zeit der XII Tafeln noch keine wahre Obligation gegeben; so einfach, wie die damaligen Lebensverhältnisse, waren auch die Rechtsverhältnisse; auch will sich die übersinnliche Obligation in das immer noch rohe Rechtssystem der XII Tafeln nicht gut einfügen. Freilich ist man heute nur zu leicht geneigt, die hohe Meinung, welche uns das classische römische Recht abnöthigt, auch auf seine Anfänge zu übertragen. Man umgiebt das römische

---

[16]) Es sei denn, dass im Legisactionsprocess die Anfangsworte der alten Provocationsformel: quando tu injuria vindicavisti beibehalten worden waren.

[1]) vgl. darüber Voigt XII Tafeln I § 4.

Recht mit einer Art Nimbus, als ob das System in seinen Grundzügen von Anfang an festgestanden hätte; es erscheint vielfach mehr als ein geoffenbartes, denn als ein aus den Lebensverhältnissen und der steigenden Cultur allmählich und naturgemäss herausgewachsenes, gewordenes Recht. Wenigstens macht auf mich diesen Eindruck die landläufige Vorstellung, als ob das Testament, welches doch allen bekannten Rechten in ihrer Kindheit fremd war, dem römischen Rechte gleichsam als Wiegengeschenk gegeben worden sei. Und in gleicher Weise soll auch die Obligation mit dem Römerthum verknüpft gewesen sein.

Neuerdings hat Kuntze[2]) einige allgemeine Erwägungen über die Geschichte der römischen Obligation angestellt und mit ihnen treffende Gedanken ausgesprochen, ohne dass sie jedoch positive Resultate ergeben hätten. Er geht a. a. O. S. 4 ganz richtig davon aus, dass das Sachenrecht der Prototyp einer Epoche des Rechtslebens, das Obligationenrecht der Prototyp einer anderen Epoche genannt werden kann, dass jene die frühere, diese die spätere ist; er erkennt, dass viele Spuren darauf hinführen, dass in Rom „ursprünglich alles Privatrecht (so zu sagen) sachenrechtlich concipirt war, während die Ausbildung der Obligationen jüngeren Datums ist.“ Er hat ferner S. 18 die Möglichkeit, dass die Obligation in ihrer ersten Phase dem Eigenthum nahestand und eine eigenthumsähnliche Herrschaft über den Schuldner gab, „freilich immer mit Hinblick auf den Zweck der Obligatio (Erfüllung) und ihre demgemäss transitorische Natur,“ durch den Hinweis auf die Rechte anderer Völker und namentlich auch auf das römische nexum, welches ja als die hauptsächlichste „Obligation“ des alten Civilrechtes hingestellt zu werden pflegt, nahegelegt. Ja, er ahnt S. 20, dass das vorgeschichtliche nexum nichts von der transitorischen Art der Obligation an sich gehabt habe, dass ihr erst in der geschichtlichen Zeit des nexum Rechnung getragen worden sei, so dass in Wahrheit jener angegebenen ersten Phase noch eine frühere vorangegangen sei. Dann aber wäre das nexum seinem ursprünglichen rechtlichen Wesen nach keine

---

[2]) Die Obligationen und das jus extraordinarium.

Obligation gewesen. Wirklich lässt sich aus der ursprünglichen Natur und der Geschichte des nexum nachweisen, dass dasselbe zu keiner Zeit eine wahre Obligation erzeugte, wenngleich es im letzten Entwicklungsstadium in jene obengenannte erste Phase eintrat, in wecher es ein obligationsähnliches Rechtsgeschäft genannt werden kann. Das nexum ist immer noch ein Kreuz der heutigen Rechtswissenschaft; insbesondere wird noch immer darüber, ob die Klage aus dem nexum, sowie auch andere altcivile Klagen,[3]) der legis actio per man inj. zufielen, lebhaft gestritten; als herrschend ist wohl diejenige Meinung zu bezeichnen, welche die Frage verneint. Die richtige Beantwortung dieser Frage ist aber von principieller Bedeutung für die Erkenntnis des Wesens des nexum. Ich stehe nicht an, der herrschenden Meinung Unrecht zu geben; die Klage aus dem nexum war m. E. die legis actio per man. inj. Nun dürfen wir freilich nicht bei derjenigen Gestalt dieser legis actio, welche uns Gajus schildert, stehen bleiben, wollen wir anders das wahre und ursprüngliche Wesen des nexum erkennen. Wir wissen, dass die legis actio per man. inj. ursprünglich die dingliche Klage, die vindicatio war, und hieraus geht dann ohne Weiteres hervor, dass das nexum ursprünglich ein dingliches Recht auf die Person des Schuldners gab.

Hiernach lässt sich der Zeitraum innerhalb dessen die Obligation im römischen Rechte noch nicht existirte, näher bestimmen. Er deckt sich mit dem der Herrschaft des reinen, unverfälschten, d. h. von dem peregrinischen (internationalen) Recuperationsverfahren noch nicht durchdrungenen Legisactionsprocess.[4]) Freilich entwickelten sich schon unter der Herrschaft des streng civilen Legisactionssystems die Keime der

---

[3]) s. die Zusammenstellung bei Voigt XII Tafeln I § 63; hierher gehört auch die Klage gegen die praedes litis vindiciarum. Ich habe schon oben S. 267 N. 6 erwähnt, dass Mommsen aus dem praediatorischen Rechte ganz richtig schloss, dass es ursprünglich klagbare Privatforderungen, nämlich im Sinne des späteren und heutigen Rechtes, nicht gab.

[4]) Inwiefern und in wie verschiedener Weise der Recuperationsprocess in den Legisactionsprocess eindrang und ihn umgestaltete, werde ich unten schildern.

späteren Obligation; der Gedanke, dass gewisse Rechtsgeschäfte wie Delicte zu einer Leistung verpflichteten, erwachte bereits, und dies bürgt dafür, dass das nationalrömische Recht auch ohne fremden Einfluss zu dem Begriffe der Obligation gelangt wäre. Aber ein solcher Einfluss hat nun einmal stattgefunden, bevor jener Gedanke in nationaler Weise hätte ausreifen können, und auf ihn ist die Entstehung der römischen Obligation zurückzuführen: so wenig ist sie eine Schöpfung des Römergeistes. Der alte Legisactionsprocess an sich war schlechterdings auf eine persönliche Klage nicht eingerichtet. Zwar unterscheidet Gajus einen dinglichen und einen persönlichen Sacramentsprocess, so benannt nach dem beiden gemeinsamen ersten Processacte, der legis actio per prov. sacr.; allein schon daraus, dass für den ersten Processact des persönlichen Sacramentsprocesses ein Name fehlt, während sonst jeder Processact, insbesondere auch der erste des dinglichen Sacramentsprocesses, die legis actio per man. inj., seinen eigenen Namen hat, darf geschlossen werden, dass der persönliche Sacramentsprocess eine spätere Erfindung ist. Der alte Legisactionsprocess war der Manusinjections-, d. h. Vindicationsprocess; er war nur auf die dingliche Klage zugeschnitten. Dies setzt aber voraus, dass das materielle Recht auch nur das dingliche Recht kannte. Als nun mit dem peregrinischen Recht die Obligation nach Rom kam, da verstanden es die Römer, die persönliche Klage doch in die Bahnen ihres Legisactionsprocesses zu lenken: man setzte an die Stelle der legis actio per man. inj. eine dem Recuperationsprocesse entlehnte actio, für welche ebenfalls eine feste Formel üblich ward,[5]) und behielt im Uebrigen, also von der legis actio sacr. an, das Legisactionsverfahren bei; wenigstens scheint dies die eine Art zu sein, wie man das Recuperationsverfahren mit dem Legisactionsverfahren verquickte.[6]) Nur so erklärt es sich, dass die importirte Obligation nicht juris gentium wurde, bez. blieb,

[5]) Auf diese Weise wurde jener erste Processact des persönlichen Processes civilisirt und fiel mit unter den Begriff des Legisactions-Processes.

[6]) s. oben N. 4.

sondern juris civilis ward, dass das römische Civilrecht um die Obligation bereichert ward.

Ich werde nun im Folgenden durch den Nachweis, wie in Rom die Obligation entstand, zugleich den Beweis führen, dass das römische Recht ursprünglich die Obligation nicht kannte, und zwar wird dieser Paragraph der Entwicklungsgeschichte der civilrechtlichen Vertragsobligation, der folgende der Entwicklungsgeschichte der civilrechtlichen Delictsobligation gewidmet sein. Die erste ist im Wesentlichen eine Geschichte des nexum; auf die sponsio (mit Eid) ad aram maximam Herculis gehe ich vorläufig nicht ein, da sie sacralrechtlich war und daher dem jus publicum, nicht dem jus civile angehörte; sie wird uns später beschäftigen.

Das nexum war ein oder richtiger das per aes et libram gestum. Auch die mancipatio, später mancipium genannt, war ein per aes et libram gestum, und ich habe oben S. 118ff. nachgewiesen, dass jener Name erst nach der Zeit der XII Tafeln zur Bezeichnung einer bestimmten Art des per aes et libram gestum entstanden ist. Ursprünglich war nexum der allgemeine Name für jedes solches gestum, und die Erinnerung daran hat sich noch in der Definition des Manilius bei Varro l. l. VII, 105 und wohl auch noch in der des Aelius Gallus bei Festus s. h. v. erhalten, und auch sonst noch finden wir nexum als Wechselbezeichnung für mancipium.[7])

Begreifen wir hiernach unter dem nexum auch die mancipatio, so sind es in historischer Zeit zwei verschiedene materielle Rechtsgeschäfte, welche sich in der Form des nexum vollziehen: das Darlehn (nexum im engeren, nicht aber im eigentlichen Sinne) und der Kauf (sei er reell oder imaginär). Beide Rechtsgeschäfte bestehen aus zwei besonderen Rechtsacten; der erstere ist das eigentliche per aes et libram gestum, d. h. wörtlich der Act des Abwägens von aes; nur in ihm findet die libra Verwendung. Der zweite Rechtsact ist das eigentliche nexum, der zwischen den beiden Parteien abgeschlossene Vertrag. Nach den beiden Rechtsacten wird auch

---

[7]) s. hierüber Bechmann Kauf I S. 127 ff.

das ganze Rechtsgeschäft sowohl als ein per aes et libram gestum, als auch als ein nexum bezeichnet.

Betrachten wir nun zuerst den ersteren Rechtsact, das per aes et libram gestum i. e. S.! Abgewogen ward nur aes, und zwar aes certum, eine bestimmte Erzmasse, sagen wir: eine bestimmte Geldsumme; denn das Erz galt als allgemeiner Werthmesser, bevor es gemünztes Geld gab, war also Geld. Etwas Anderes als aes ward nicht abgewogen. Weil sowohl beim Darlehn als auch beim Kaufe aes abgewogen wird, so ist das abgewogene aes (certum) das Object beider Rechtsgeschäfte, und zwar beim Darlehn, weil hier nur von einer Seite etwas übertragen wird, das einzige Object, beim Kaufe, bei welchem als Aequivalent für das aes certum von der anderen Seite eine bestimmte Sache übertragen wird, das eine von zwei Objecten. Daraus ergiebt sich, dass nur Geld den Gegenstand des Darlehns in der Gestalt des nexum bildet; würde es nicht Festus s. v. nexum ausdrücklich sagen: nexum apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur, so wüssten wir es eben schon genugsam aus der Thatsache des Abwägens.[8])

[8]) Anders Voigt (XII Tafeln II § 122 N. 2 und § 86 N. 40), welcher zwar in der mancipatio mit fiducia (lex dicta) cum creditore, nicht aber im nexum ein Gelddarlehn erblickt, vielmehr auch andere Fungibilien für mögliche Objecte des nexum hält. Allein einmal ist jene mancipatio im Grunde nur das nexum mit zweifacher lex dicta; sodann aber stützt Voigt seine Ansicht auf eine ganze Kette haltloser Vermuthungen. Aus zwei nichtjuristischen Quellen, in denen nur die Wortbedeutung des archaischen nuncupare angegeben und als Beispiel die Wendung nuncupata pecunia gebraucht wird (s. bei Voigt zu tab. V, 13), leitet er eine ganz neue actio nuncupatae pecuniae ab. In dieser Verbindung soll ferner pecunia nicht Geld, sondern das einzelne Vermögensstück bedeuten (XII Tafeln I § 35 N. 10), und hieraus soll hervorgehen, dass auch Fungibilien mittels nexum verliehen werden konnten. Es fällt aber sogleich auf, dass Voigt mehr beweist, als er beweisen will; denn bezeichnete pecunia schlechthin jedes Vermögensstück, und wäre die actio nunc. pec. die Klage aus dem nexum, so wäre die Beschränkung des nexum auf Fungibilien eine willkürliche. Auch will es mich bedünken, dass pecunia ursprünglich das Geld, und zwar zuerst Viehgeld, dann Erzgeld bezeichnete, und dass die spätere interpretatio dem Worte in manchen Fällen jene weitere Bedeutung von Vermögensstück (nicht Vermögen) beilegte, um gewisse Rechtsgeschäfte auch für andere Fungibilien oder überhaupt Sachen empfänglich zu machen, während umgekehrt nach Voigt erst nach der Zeit der XII Tafeln die ursprünglich weitere Bedeutung von pecunia zu der des Geldes eingeengt worden sei.

Das Abwägen selbst geschieht durch einen libripens im Beisein der Parteien und mindestens fünf Zeugen.

Nachdem das richtige Gewicht der zu gebenden Darlehns- oder Kaufsumme festgestellt ist, nachdem also per aes et libram gestum est, beginnt der zweite Act, das eigentliche nexum, der Vertragsabschluss. Dieser Act ist beim Darlehn ein einseitiger, beim Kaufe ursprünglich ein doppelseitiger; bei letzterem nämlich nimmt sowohl der Käufer, als auch der Verkäufer in ältester Zeit, in welcher der Kauf immer nur reeller Baarkauf war, einen selbständigen, gleichen Rechtsact vor. Ueberall aber ist dieser Act auf Eigenthumserwerb, sei es am certum aes als Darlehns- oder Kaufsumme, sei es am Kaufgegenstand, gerichtet, und zwar ist es ein solenner, in Wort und Werk bestehender Rechtsact, d. h. eine legis actio. Eine oder vielmehr die auf Eigenthumserwerb gerichtete legis actio ist aber die legis actio per man. inj.; sie ist nicht nothwendig ein gerichtlicher, auch nicht nothwendig ein rechtsverfolgender, sondern auch ein rechtsgeschäftlicher Act. Als rechtsgeschäftlicher Act hiess sie nexum, während sie als rechtsverfolgender Act ursprünglich einen besonderen Namen nicht hatte und erst später den Namen vindicatio erhielt, wie dies Alles oben ausgeführt ist. Wie das nexum ein Eigenthumserwerbsgeschäft ist, so gründete sich auch die vindicatio in der Form der legis actio nicht auf bereits bestehendes Eigenthum, sondern stellte solches erst her. Hiernach nahm der Darlehnsempfänger wie der Käufer und Verkäufer je eine legis actio per man. inj. oder, wenn wir uns zwar ungenau, aber verständlicher ausdrücken, eine vindicatio vor, und zwar vindicirte der Darlehnsempfänger und der Verkäufer das certum aes, der Käufer aber den bestimmten anwesenden Kaufgegenstand. Die Handlung bei dieser legis actio war also jedesmal eine man. inj., d. h. ein Handauflegen auf das aes, bez. auf die Kaufsache, ein manu adprehendere aes oder rem. Die Formel aber der legis actio setzt sich jedesmal aus zwei Bestandtheilen zusammen: der eigentlichen wörtlichen legis actio per man. inj., d. h. demjenigen Formeltheile, welcher den Urbestand des nexum bildet, und der lex dicta. Was den ersteren, den essentiellen Formeltheil betrifft, so steht fest, dass der Darlehnsempfänger unter Handauflegung auf das abgewogene aes sagte: haec ego octo-

ginta ex jure Quir. mea esse ajo; damit hatte er zunächst in originärer Weise, wenn aber der Darlehnsgeber nicht widersprach (nicht contra manum injicirte oder vindicirte) und daher auf diese Art seinen animus dominii transferendi kundgab, in derivativer Weise das Eigenthum an der Geldsumme erworben. Desgleichen ist unzweifelhaft, dass der Käufer unter Ergreifen der Kaufsache die Worte sprach: hanc ego rem (z. B. pateram) ex jure Quir. meam esse ajo, und zwar mit derselben Wirkung, wie oben. Vom Verkäufer aber ist es zwar nicht überliefert, dass auch er den Kaufpreis in förmlicher Weise vindicirte; dies kommt aber daher, dass in der Zeit, aus welcher uns die hauptsächlichsten Nachrichten über die mancipatio vorliegen, dieselbe fast nur noch als imaginaria vorkam, daher sie auch nur als solche, besonders von Gajus, geschildert wird. Der Verkäufer vindicirte also nicht erst den nummus unus, der doch nur dicis gratia geleistet ward, sondern erhielt ihn bloss tradirt. Insoweit aber die mancipatio wirklich als reeller Kauf noch vorkam, mag auch das verum pretium bloss tradirt worden sein, ganz abgesehen davon, dass man die mancipatio nur als geschehen zu beurkunden pflegte. Aber ursprünglich musste auch der Verkäufer den (vor ihm abgewogen oder später abgezählt liegenden) Kaufpreis in formeller Weise ebenso vindiciren, wie der Darlehnsempfänger die Darlehnssumme; in beiden Fällen war es auf Eigenthumsübergang des aes abgesehen, und das alte Recht kennt keine andere Erwerbsart als die solenne der legis actio per man. inj.: das nexum. Das nexum an sich ist ein abstractes Rechtsgeschäft, welches lediglich auf Eigenthumsübergang gerichtet ist; die concrete causa kommt erst in der lex dicta zum Ausdruck: erst diese stempelt das nexum zu einem Kauf oder zu einem Darlehn. Das Kaufgeschäft besteht also aus einem doppelten nexum, aus einer man. inj. Seitens des Käufers und Seitens des Verkäufers, und zwar war die Reihenfolge beider Acte die, dass zuerst der Verkäufer aes, sodann der Käufer rem vindicirte, wofür ich den Grund später angeben werde.

In diesem Sinne erforderte die mancipatio ein beiderseitiges förmliches Handeln und Sprechen der Contra-

henten[9]), während beim Darlehn nur der Empfänger lege agirte. In einem andern Sinne nimmt aber Voigt[10]) sowohl beim Nexum-Darlehn, als auch bei der mancipatio eine doppelseitige nuncupatio an, insofern er nämlich auch dem Darlehnsgeber wie dem Verkäufer eine der Formel des Darlehnsempfängers bez. Käufers entsprechende Formel in den Mund legt, dahin lautend: haec ego octoginta (hanc ego rem) ex jure Quir. tua (tuam) esse ajo (mit folgender lex dicta). Allein eine derartige Rechtsbehauptung ist durchaus unrömisch; wie die in jure cessio lehrt, wird der animus dominii transferendi auf andere Weise zu erkennen gegeben. Sie ist ferner für die mancipatio nirgends bezeugt, während doch ihr Hergang oft genug ausführlich beschrieben ist; von der mancipatio aber können wir rückwärts auf das nexum bez. per aes et libram gestum überhaupt schliessen.

Gehen wir nunmehr auf den andern Formeltheil, die lex dicta, ein, so beruht sie auf altem Gewohnheitsrechte, welches die XII Tafeln in dem Gesetze bestätigten: cum nexum faciet [mancipiumque], uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Ich werde nachher ihren geschichtlichen Anfängen nachgehen; einstweilen will ich nur die lex dicta beim Darlehnsnexum in historischer Zeit und bei der mancipatio in Betracht ziehen. Während sie ursprünglich allgemein lex nexi hiess, unterscheidet man später bei der mancipatio eine eigentliche lex nexi und eine besondere lex mancipationis s. mancipii. Beim Darlehnsnexum enthielt diese lex in historischer Zeit das Rückleistungsversprechen von tantundem aes zu einer bestimmten Zeit, gegebenenfalls mit dem Versprechen von Zinsen zu einem bestimmten Zinsfuss. Auf eine wörtliche Wiederherstellung der Formel derselben, welche uns nicht erhalten ist, verzichte ich, sowie auch auf die Kritik der versuchten Reproductionen[11]); nur soviel will ich bemerken,

---

[9]) Es wäre nicht unmöglich, dass ursprünglich jede Partei beim Kaufe zur Beurkundung ihrer legis actio fünf Zeugen zuzog, ähnlich wie beim Rechtsstreite, und dass erst später mit dem Wegfall der legis actio des Verkäufers auch dessen Zeugen überflüssig wurden.

[10]) XII Tafeln II § 122 und § 84.

[11]) s. Huschke Nexum S. 50. „Gajus" S. 100. Rudorff Röm. Rechtsg. II § 89 N. 6. Voigt XII Tafeln II § 122.

dass sich wahrscheinlich der Darlehnsempfänger für damnas zur Rückleistung erklärte. Bei der mancipatio sodann war eine ganze Reihe von leges mancipii möglich, bezüglich deren ich auf Voigt XII Tafeln II § 85 verweise; aber alle diese haben das gemeinsam, dass sie eben wirkliche leges mancipii, d. h. mancipationis, waren, dass sie zu einem nexum hinzutraten, welches bereits als Kauf (mancipatio) characterisirt ist, oder dass sie eine Characterisirung des Rechtsgeschäftes gar nicht bezwecken, während die lex nexi dazu dient, das abstracte nexum zu einem concreten zu machen, ihm die Eigenschaft eines besonderen, individuellen Rechtsgeschäftes zu verleihen. Der blossen legis actio per man. inj., dem nackten nexum ist die materielle causa, welche ihm zu Grunde gelegt werden soll, nicht anzusehen; erst die lex dicta bringt sie zum Ausdruck. Und wie das Darlehnsgeschäft erst durch die lex nexi characterisirt wird, so kann auch dem nexum, welches einen Kauf vermitteln soll, eine darauf abzielende lex dicta nicht fehlen. Diese lex nexi stellen nun in der Mancipationsformel, so wie sie uns überliefert ist, die Worte dar: eaque (sc. res) mihi empta esto hoc aere aeneaque libra[12]); damit ist deutlich verlautbart, dass das abstracte nexum Kauf, mancipatio, sein soll. Die sonst noch beigefügten leges dienen entweder zur näheren Bezeichnung des Objectes, oder sie enthalten Modalitäten des nun bereits als Kauf characterisirten Rechtsgeschäftes; sie sind leges eines bereits durch eine lex individualisirten nexum und heissen, seitdem man jenes nexum mit dem

---

[12]) Wenn Gajus II, 104 beim Mancipationstestament bemerkt, dass einige seiner Zeitgenossen die Worte: aeneaque libra hinzugesetzt wissen wollen, so hat allerdings das Weglassen derselben zu Gajus' Zeit guten Sinn. Gewiss gehören die Worte dem alten Formular an: die Bezugnahme auf die Waage weist darauf hin, dass das aes wirklich abgewogen worden war. Die Waage war vor der Zeit des gemünzten Geldes ein nothwendiges Requisit des per aes et libram gestum im wahren Sinne. Als aber später gemünztes Geld aufkam, und als vollends bei der mancipatio imaginaria nur ein nummus dicis gratia gezahlt ward, da wurde mit der Waage selbst auch die Bezugnahme auf sie im Formular überflüssig: das Geschäft war allenfalls noch ein per aes, aber gewiss kein per libram gestum mehr, und es lässt sich denken, dass Juristen, welche nicht mehr am Buchstaben hingen, das Ueberflüssige abthaten.

besonderen Namen der mancipatio belegt hat[13]), folgerichtig: leges mancipationis (mancipii).

Zu der Zeit, in welcher Käufer wie Verkäufer lege agirten, wird auch jeder von ihnen seiner Legisactionsformel obige lex nexi angefügt haben, so dass eigentlich jeder eine besondere mancipatio vornahm. Insbesondere wird also auch der Verkäufer in einer besonderen lex ausgesprochen haben, dass er das aes als Kaufpreis für die gegenwärtige Sache vindicire; wenigstens spricht dafür der Vergleich mit dem Darlehn, und an eine bloss abstracte vindicatio des Kaufpreises wäre um so weniger zu denken, wenn, wie ich annehme, der Verkäufer das aes vindicirte, bevor der Käufer die Sache.

Nach diesen allgemeinen Vorbemerkungen über die Structur und die beiden Bestandtheile des nexum als des Darlehns in historischer Zeit gebe ich noch kurz sein Wesen an, um so das Verständniss für meine geschichtliche Entwicklung des nexum zu erleichtern. Das blosse nexum war ein dingliches, auf Eigenthumserwerb gerichtetes Rechtsgeschäft in der Form der legis actio per man. inj.; es war also an sich weder ein Darlehnsgeschäft, noch überhaupt ein obligatorisches Rechtsgeschäft. Zum Darlehnsgeschäft wird das nexum erst dadurch, dass aes certum zu seinem Gegenstand gemacht und eine lex dicta des Inhaltes hinzugefügt wird, dass der nexo accipiens sich anheischig macht, das empfangene aes certum zurückzuleisten. Aber auch in dieser Gestalt erzeugt das nexum keine wahre Obligation: der nexo dans hat keine Forderung auf Rückleistung der hingegebenen Geldsumme und also auch keine persönliche Klage (im späteren Sinne) gegen den nexo accipiens, sondern die lex dicta giebt ihm nur das Recht zur man. inj. auf den letzteren, falls dieser der lex nicht nachkommt. Aus der lex dicta erwirbt also der nexo dans ein (bedingtes) dingliches Recht auf den nexo accipiens selbst, das Recht (nudum jus) zur vindicatio in servitutem. Das nexum mit lex

[13]) Seit dieser Zeit verlor man das Bewusstsein, dass obige Formelworte eine lex nexi waren, und in gleicher Weise ward es üblich, unter dem nexum schlechthin das durch eine lex dicta als Darlehn characterisirte nexum zu verstehen.

dicta ist daher auch kein Darlehnsgeschäft im Sinne des späteren römischen und heutigen Rechts. Es ist auch nie eine Obligation geworden[14]); es hat seinen dinglichen Character beibehalten, bis es ausser Uebung kam. Die römische Contractsobligation hat sich nicht aus dem per aes et libram gestum entwickelt; wohl aber hat man nach der Entstehung der Obligation auch dieses Rechtsgeschäft, nämlich die mancipatio, dem Obligationsverkehre dienstbar gemacht, wie man es ja auch verstand, familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte in die Form der mancipatio einzukleiden.

Die Geschichte des nexum, zu der ich jetzt übergehe, führt uns zurück in die Zeit des alten nachservianischen Roms; die Entstehung des nexum ist nur aus den socialen Verhältnissen jener Zeit zu erklären. Es wurzelt im Ständeunterschied, in der Armuth der Plebejer und der wirthschaftlichen wie politischen Ueberlegenheit der Patricier. Auf die Patricier passt das nexum schlechterdings nicht; sie waren die begüterten, und hinter dem etwa verarmten Patricier stand seine gens, schlimmstenfalls der ganze Adel. Es sind immer nur die Plebejer, welche die Armuth und Hilflosigkeit zur Geldaufnahme von den Patriciern trieb, welche unter dem Drucke des strengen Rechtes des nexum seufzten und oft genug ihre einzige und letzte Rettung in Aufständen suchten, durch die sie auch grösstentheils eine wenn auch nur geringe und augenblickliche Erleichterung erreichten, wie uns die Geschichte lehrt. Das nexum war daher eine Erfindung der Patricier, in welcher sich ihr Bestreben zeigt, die Plebejer, die Bürger zweiter Klasse, in Abhängigkeit von sich zu bringen; ein Mittel, ihnen in ihrem wirthschaftlichen Elend zu helfen, war es gewiss nicht: solchen Edelmuth dürfen wir nach allen Nachrichten bei den Patriciern jener Zeit nicht voraussetzen.

Würdigen wir dies, so wird klar, dass das nexum gar kein Darlehnsgeschäft sein sollte. Ein Creditgeschäft war dem alten

---

[14]) Daher ordnet es sich auch keiner der vier Arten der Contractsobligation unter, wie denn auch Huschke Nexum S. 25 auf die Frage, ob es Verbal- oder Realcontract ist, welchen beiden Contracten es am meisten zu vergleichen ist, eine klipp und klare Antwort nicht geben kann.

Rom fremd: die Patricier liessen es nicht aufkommen. Dem strafrechtlichen Talionsprincip entspricht ein civilistisches: Leistung um Leistung, Zug um Zug. Konnte der arme Plebejer sich und seine Familie nicht selbst ernähren, und fand er bei seinen Standesgenossen, welche freilich durchschnittlich in nicht viel besseren Verhältnissen sich befanden, keine Hilfe, so musste ihn des Lebens Noth in die Arme der hartherzigen Patricier treiben. Zwei Wege standen ihm offen: aber jeder führte mit der wirthschaftlichen Unfreiheit zur politischen. Der eine Weg war der der Application an einen Patricier, durch welche der Plebejer mit seiner ganzen Familie in die Clientel des Patriciers kam. Wollte aber der plebejische pater fam. seine Angehörigen in Unabhängigkeit erhalten, so blieb ihm nichts weiter übrig, als sich selbst demjenigen Patricier zu verkaufen, welcher ihm für seine Person die grösste Summe bot; die Selbsthingabe in die Sklaverei war das Aequivalent für das übereignete aes certum, welches nun wenigstens seinen Angehörigen zu Gute kam: nur das Opfer der eigenen Person rettete die Familie[15]). Auf andere Weise war eben von den Patriciern kein Geld zu erlangen. Das Rechtsgeschäft der letzteren Art war das nexum. Waren beide Theile über den abzuschliessenden Kauf übereingekommen, so ward zuerst der Kaufpreis abgewogen (per aes et libram gestum), und darauf nahm jeder Theil das eigentliche nexum, d. h. die legis actio per man. inj. vor, und zwar so, dass zuerst der Plebejer das abgewogene aes certum in sein Eigenthum und darnach der Patricier ihn in servitutem vindicirte. Der Plebejer vindicirt zuerst das aes, weil er dies nur solange kann, als er civis ist. Das erworbene aes wird Vermögensbestandtheil und geht als solcher (mit der familia pecuniaque) bei Verlust der Civität des pater fam. nach den Regeln des Intestaterbrechtes auf die sui heredes über, so dass in der That das aes der Familie des nexo accipiens zu Gute kommt. Es ist eine verbreitete und ziemlich festgewurzelte, aber falsche Lehre, dass der nexus sammt Familie und Vermögen in das Eigenthum des Gelddar-

---

[15]) Ich habe schon oben S. 91, 102 bemerkt, dass es möglich war, aber nirgends bezeugt ist, dass der pater fam. auch sein Hauskind gegen Geld verkaufen konnte.

leihers kam; auch die (sonstige) altcivile Personalexecution ergriff nur das caput oder corpus des judicatus, nicht auch seine Familie und sein Vermögen, was weiter unten noch zur Sprache kommen wird. Man hat das nexum nicht ganz mit Unrecht eine Selbstmancipation genannt; es war ursprünglich eine solche, zwar nicht der Form nach, aber dem Inhalte und der Wirkung nach. Der Form nach war es keine Selbstmancipation, weil es überhaupt keine Mancipation, kein nexum mit der characteristischen lex dicta: isque mihi emptus esto war; eine eigentliche Selbstmancipation hat das römische Recht nie gekannt. Aber das nexum war wirklicher, reeller Kauf Zug um Zug, und daher auf Seiten des Geldempfängers ein Selbstverkauf. Die materielle causa des Kaufes ist dem nexum eigen, wenn sie auch im Geschäfte und insbesondere in den Formeln nicht zum Ausdruck kommt. Das älteste nexum ist ein blosses nexum, eine abstracte legis actio per man. inj., also ohne jegliche, das Geschäft näher kennzeichnende lex dicta; die lex dicta gehört erst der zweiten Entwickelungsstufe des nexum an. Beide Vindicationen der Parteien reihen sich rein äusserlich aneinander an; aber beide stehen in stillschweigender Wechselbeziehung, die eine geschieht unter der Voraussetzung oder im Hinblick auf die andere; das ganze Geschäft fällt nach der Intention der Parteien unter den Gesichtspunkt des do ut des. Daher gilt die vindicatio des Geldempfängers in die servitus Seitens des Geldgebers als eine selbstverständliche Folge des ersten nexum oder per aes et libram gestum; sie ist der zweite integrirende Theil eines doppelseitigen Rechtsgeschäftes[16]).

Beschäftigen wir uns noch etwas mit der Form des nexum, so war die Zuziehung von mindestens fünf Zeugen erforderlich; sie war erforderlich sowohl bei jedem per aes et libram gestum i. e. S., d. h. bei der Abwägung von Erzgeld, als auch bei jeder legis actio per man. inj. Woher kommen die Zeugen? Woher die Fünfzahl als Minimalsatz? Ich kann mit Vielen in den fünf testes, welche classici genannt werden, nur die Ver-

---

[16]) während man sie heute gewöhnlich als eine positive Gesetzesfolge ansieht.

treter der fünf servianischen Klassen, also des ganzen stimmfähigen Volkes sehen; hieraus aber glaube ich weiterhin schliessen zu dürfen, dass ursprünglich das nexum vor den Centuriatcomitien selbst abgeschlossen ward. Handelte es sich doch hierbei um die libertas und civitas eines Bürgers! Es ist schwer zu glauben, dass ein Römer durch einen Privatact, die legis actio per man. inj., und zwar auf Grund eines Rechtsgeschäftes, seine civitas verlieren und Sklave eines Mitbürgers werden konnte. Dazu gehörte die Genehmigung der Volksgemeinde, also eine lex specialis, ein Gesetz. Musste doch sogar die arrogatio, bei der es sich nur um familiae mutatio handelte, ohne dass dabei die civitas berührt ward, in jedem einzelnen Falle durch ein Curiatgesetz bestätigt werden![17]) Dass das nexum sich sogar noch in seiner zweiten Entwickelungsstufe, in welcher die Beifügung der lex nexi üblich wurde, vor den Comitien selbst abspielte, das schliesse ich aus dem Namen lex, den dieser Formeltheil trug. Weil diese lex, wie wir sehen werden, dem nexo dans das bedingte Recht auf man. inj. gegen den nexo accipiens ertheilte, so war auch für sie eine lex, ein Comitiengesetz erforderlich.[18]) Erst als das nexum — weil man die wahre Bedeutung der fünf testes classici verkannte — ein blosser Privatact geworden war, gewann das Wort lex (nexi) die Bedeutung einer Privatabrede, welche einem Rechtsgeschäfte accidentaliter hinzugefügt wird, und darnach finden wir das Wort lex in dieser Bedeutung häufig verwendet.

---

[17]) Aehnlich wie bei der arrogatio dürfte auch der Hergang beim nexum gewesen sein, so dass der Magistrat nach abgegebener Einwilligungserklärung Seitens der beiden Betheiligten die lex einbringt: velitis jubeatis, Quirites, uti Nus. Nus. Ao. Ao. servus ex jure Quir. siet, über welche die Comitien dann abstimmen. Aber auch hier wird, wie bei der arrogatio, eine Prüfung, namentlich über die Vermögenslage des nexus, stattgefunden haben, bevor die Centurien ihr Votum abgaben, und es war daher auch möglich, dass die beantragte lex nicht zu Stande kam. Die Oeffentlichkeit des nexum konnte für den nexus noch den Vortheil haben, dass ein Mitbürger aus dem versammelten Volke, welchem die Schilderung seines Elendes nahe ging, sich seiner annahm: hier läge der Ursprung des Vindex-Institutes.

[18]) So könnte es einen tieferen Sinn haben, wenn Gajus IV, 21 sagt, dass die legis actio per man. inj. (gegen einen civis) immer auf einer lex beruhte.

Es ist nun anzunehmen, dass die Comitien, schon wegen des Uebergewichtes der Patricier, nicht leicht ihre Einwilligung versagten, dass die lex gewöhnlich durchging und daher die ganze Verhandlung vor den Comitien bald zur leeren Form ward. Nachdem man aber einmal soweit gekommen war, da zog man es vor, den ordentlichen Weg der Gesetzgebung zu verlassen, und setzte fest, dass die Zuziehung von mindestens fünf Zeugen als Vertretern der fünf Klassen[19]) zur Wirksamkeit des nexum genügte: der Act sollte so angesehen werden, als ob er in den Comitien selbst und mit ihrer Genehmigung vor sich ginge. Dass diese Auffassung sich schnell verlor, dass insbesondere die Vertreter aus eigentlich als abstimmend gedachten classici blosse testes wurden, ist nur zu natürlich. Aber sie lag eben noch der Bestimmung über die Zuziehung von wenigstens fünf classici zu Grunde; es konnten auch mehr, es konnten auch alle classici gegenwärtig sein. Wir sehen hier dieselbe Entwicklung, welche wir auch bei andern Rechtsgeschäften, die ursprünglich auf Gesetz beruhten, später aber reine Privatacte wurden, verfolgen können. Vor Allem gehört hierher das Testament; das testamentum calatis, d. h. curiatis comitiis für Patricier (trotz Mommsen) war ebenso wie das testamentum in procinctu, d. h. in centuriatis comitiis für Patricier und Plebejer ein Gesetz, und beide Arten machten später dem testamentum per aes et libram Platz, bei dem wir auch noch die fünf testes antreffen, deren eigentliche Bedeutung aber längst dem Bewusstsein entschwunden war[20]). Nicht ganz dieselbe tiefgreifende Entwicklung hat vielleicht — es ist dies noch eine Streitfrage — die arrogatio durchgemacht, indem an die Stelle der Curiatcomitien blosse Scheinversammlungen von dreissig Lictoren und drei Augurn traten.

Gehen wir nun in der Entwicklungsgeschichte des nexum weiter, so wird seine zweite Stufe durch das Aufkommen der

---

[19]) Ich sage nicht: die Zuziehung von mindestens je einem Vertreter der fünf Klassen; die fünf konnten auch alle einer Klasse angehören.

[20]) Auch die Worte: secundum legem publicam der Mancipationstestamentsformel weisen noch deutlich auf die Fiction und den ursprünglich wirklichen Erlass eines Volksgesetzes hin; man bezieht sie gewöhnlich zu Unrecht auf die XII Tafeln.

lex nexi (später lex dicta) gekennzeichnet. Durch diese lex ward das Recht des nexum insofern gemildert, als sie das nexum in ein Creditgeschäft umwandelte, so zwar, dass es seinen dinglichen Character nicht verlor, wenn es auch nicht mehr von Anfang an so ausgesprochen deutlich seine Signatur trug. Zweifellos ist das nexum in seiner neuen Gestalt aus dem Kampfe der Plebejer gegen das alte nexum hervorgegangen; die plebs verlangte nach einem Creditgeschäft: sie erlangte es durch eine Modification des alten nexum. Der Grundgedanke des nexum, dass, wer fremdes Geld empfing, seine Person dafür dem Geldgeber hingeben musste, ward beibehalten; das nexum blieb zwar auf Seiten des Geldempfängers ein Selbstverkauf, aber nicht mehr mit Leistung Zug um Zug, sondern es wurde ein betagter und obenein bedingter Selbstverkauf: das nexum gab dem Geldgeber ein eventuelles nudum jus auf die Person des Empfängers. Es wurde nämlich dem Letzteren die Möglichkeit gegeben, durch rechtzeitige Rückleistung der empfangenen Geldsumme mit den verabredeten Zinsen sich von seiner persönlichen Verhaftung, d. h. von der Haftung mit seiner eigenen Person zu befreien, den Darleiher zu zwingen, ihn durch nexi liberatio, die erst jetzt in der Geschichte auftritt, zu lösen, und so dessen Recht zur man. inj. gegen ihn zum Untergang zu bringen. Das war eine wesentliche Neuerung[21]): aus dem Baarverkaufe der eigenen Person heraus entwickelte sich mittels des Zwischengliedes des bedingten Selbstverkaufes das Darlehn des alten Civilrechtes. Hiernach nahm das Geschäft im Einzelnen folgenden Verlauf.

---

[21]) Der Geldaufnehmende wurde also nicht Sklave des Andern, wenn er rechtzeitig das aes certum mit Zinsen zurückerstattete, während nach früherem Rechte der Geldaufnehmende sofort Sklave ward und nur etwa so seine Freiheit wiedererlangen konnte, wenn seine Familie wieder zur Wohlhabenheit gelangt war und ihn seinem Herrn abkaufte, um ihn dann freizulassen, wodurch der ehemalige pater fam. der Libertine seines ehemaligen Haussohnes ward. Freilich setzte dies immer voraus, dass der Herr sich zu einem Verkaufe seines Sklaven verstand. Ob in so alter Zeit schon der Censor (Consul) aus eigener Machtvollkommenheit und gegen den Willen des Herrn die manumissio censu (unter gewissen Voraussetzungen; s. oben S. 88, 89) vornehmen konnte, muss dahingestellt bleiben.

Der Geldsuchende nahm vor den Centuriatcomitien die legis actio per man. inj. an dem abgewogenen aes certum des Darleihers vor und fügte den Antrag bei, dass der Darleiher nur dann und erst dann sein nudum jus auf seine Person verwirklichen dürfe, wenn er ihm das Empfangene nicht zu einem bestimmten Termine mit festen Zinsen zurückgeleistet hätte. Natürlich, auf das Recht auf die Person des Geldempfängers verzichtete der nexo dans nicht; wurde ihm dies nicht irgendwie gewährleistet, so ging er auf das Rechtsgeschäft überhaupt nicht ein. Zu einer Hingabe von Geld auf Treu und Glauben eines armseligen Plebejers verstand sich der Patricier nicht; er musste die Gewissheit haben, für den Fall, dass der Empfänger nicht rechtzeitig leisten wollte oder konnte, doch ein, und zwar das bisher übliche Aequivalent zu erlangen. Dabei lief er schon Gefahr, durch Tod des Empfängers, welcher ja allein und nur mit seiner Person haftete, um sein ganzes Recht zu kommen[22]), weshalb in Rom die Darleiher so vorsichtig waren, nur auf ein halbes Jahr Geld zu verleihen. Es war also eine grosse Concession, welche der Darleiher dem nexo accipiens machte, wenn er sich mit dessen lex nexi einverstanden erklärte. Seine Zustimmung war natürlich erforderlich, bevor die Comitien ihre Genehmigung ertheilen konnten. Indessen führte hier die Entwicklung dahin, dass die lex nexi nicht mehr als ein accidentale, sondern als ein essentiale negotii betrachtet ward, dass sie einen integrirenden Bestandtheil des nexum bildete, so dass das alte nexum ganz abkam, das neue die einzige Art des nexum, das nexum dieser Periode ward. Wer ein nexum abzuschliessen bereit war, wusste, dass es nicht anders, als mit lex dicta möglich war. Weil die Zustimmung sowohl des Darleihers, als auch der Comitien zur lex dicta sich allmählich von selbst verstand, so ist es erklärlich, dass man anfing, das nexum ausserhalb der Comitien unter Zuziehung von Comitialvertretern zu vollziehen, wie ich es oben

---

[22]) Von einem Uebergange der Schulden mit dem Vermögen auf den Erben kann also in dieser Periode nicht die Rede sein: eine Geldschuld existirte ja nicht, und jedenfalls lastete sie nicht auf dem Vermögen, auch nicht auf andern Personen, sondern lediglich auf dem caput des Darlehnsempfängers.

geschildert habe, und dass somit die lex nexi aufhörte, eine wahre lex zu sein.

Wir sehen also, dass die lex nexi im eigensten Interesse des nexo accipiens von diesem beantragt, bez. hinzugefügt ward; sie diente dazu, die man. inj. von seiner Person, wenn auch vielleicht nur vorläufig, abzuwenden. Dadurch ward das nexum zu einem nur einseitigen Acte des nexo accipiens. Die eigentliche und primäre, von beiden Seiten gewollte Wirkung des nexum war das Recht des Darleihers zur man. inj. auf den Empfänger; aber der nexo accipiens sollte ein Mittel haben, sich von ihr zu befreien, loszukaufen. Die lex dicta gab dem nexo dans kein Recht, welches ihm nicht schon das blosse nexum, zumal in sicherer und einfacherer Weise, gegeben hätte; aber dem nexo accipiens gab sie ein Recht, welches er an sich nach dem herkömmlichen Rechte des nexum nicht hatte. Als der aus der lex eigentlich Berechtigte erscheint daher der nexo accipiens, als der aus ihr Verpflichtete der nexo dans. Ersterer ward berechtigt, anstatt sich selbst in die Sklaverei zu geben, eine Geldsumme zu leisten; letzterer ward verpflichtet, unter Aufgabe seines Rechtes zur man. inj. auf den nexo accipiens eine Geldsumme anzunehmen. Eine Obligation im späteren technischen Sinne des Wortes, kraft welcher der nexo dans ein Forderungsrecht auf eine Geldsumme, auf ein dare aes, gegen den nexo accipiens hätte, wird also durch die lex dicta zuförderst nicht begründet; der nexo dans will auch gar kein solches Forderungsrecht haben. Wenn nun nach der gewöhnlichen und für richtig zu haltenden Annahme der nexo accipiens sich in der lex für damnas erklärt hat, so kann nach dem Gesagten diesem Worte ursprünglich nicht der Begriff der Verpflichtung, sondern vielmehr der der Berechtigung innegewohnt haben. Hierfür, nicht hiergegen, spricht auch die Etymologie des Wortes.[23]) Ich halte die Annahme Ritschls, dass damnum das Neutrum eines untergegangenen part. praes. pass. von dare sei, wonach es von Vornherein bedeute: „das, was gegeben wird", und darnach später: „das, was gegeben

[23]) Die Ansichten darüber siehe bei Voigt Bedeutungswechsel S. 142 ff.

werden soll“, für richtig: damnum = [δι]δομενος.[24]) In gleicher Weise wird damnas = [δι]δομενος zu erklären sein; nur haben wir dieses Participium für das mediale anzusehen. Damnas ist derjenige, welcher für sich und zu seinen Gunsten, in seinem Interesse etwas giebt, und darin liegt nicht nothwendig der Begriff der Verpflichtung zu dieser Leistung, sondern viel eher der der Berechtigung. Das von damnas abgeleitete Verbum damnare wird daher ursprünglich bedeutet haben: Jemanden zum damnas, und da damnas selbst medial ist, sich (se damnare) zum damnas, zu einem zum Geben Berechtigten machen. Dass später die Bedeutungen von damnas und damnare ins gerade Gegentheil umschlugen, wonach damnas der zum Geben Verpflichtete, damnare Jemanden zum Verpflichteten machen, daher auch insbesondere verurtheilen, heisst, steht im vollkommensten Einklange mit der Entwicklung des nexum selbst, wie wir nachher sehen werden. Es ist daher nicht wunderbar, dass sich jene alte Bedeutung von damnas im Lateinischen ganz verloren hat, und dass uns jeder Beleg für sie fehlt.

Ein obligatorisches Verhältniss wird aber auch nicht, wie es nach dem oben Gesagten den Anschein haben könnte, insofern durch die lex dicta vermittelt, als der nexo accipiens, obgleich der nexo dans zur Annahme des angebotenen aes verpflichtet erscheint, doch gegen diesen keine persönliche Klage auf Annahme der Lösungssumme und Vornahme der nexi liberatio hat. Weigert dieser sich dessen, z. B. weil er die Leistung für verspätet hält, so steht dem nexo accipiens kein directes Zwangsmittel zu Gebote. Er kann nichts weiter thun, als sich nach einem vindex umsehen, welcher der voraussichtlichen legis actio per man. inj. des nexo dans gegen ihn entgegentritt, welcher dessen vindicatio in servitutem eine (contra) vindicatio in libertatem entgegensetzt und nöthigenfalls sich

[24]) Auch darin, dass und wie Ritschl sich hieraus die Bedeutung des Wortes damnum von Schade entwickeln lässt, gebe ich ihm Recht. In den XII Tafeln hat damnum diese Bedeutung, und nicht die von Rechtspflicht wie Voigt a. a. O. annimmt; denn auch darin irrt der letztere, dass noxia von Altersher den Begriff von Schade technisch repräsentirt habe; s. darüber unten im § 16.

mit ihm auch in das Sacramentsverfahren einlässt. Das judicium prüft und entscheidet alsdann, ob der nexo dans durch die Vornahme der man. inj. gegen den nexo accipiens der lex nexi zuwidergehandelt hat, d. h. ob er zu Unrecht die Annahme der Lösungssumme und Vornahme der nexi liberatio verweigert hat, und wird diese Frage durch die sententia judicii verneint, so kann er nunmehr, da der Rechtsstreit mit dem vindex zu Ende ist, die addictio seines Schuldners beim Praetor beantragen; wird jene Frage aber bejaht, so lässt der vindex seinerseits dem nexo accipiens vom Praetor libertatem addiciren[25]), und der nexo dans hat damit alles Recht aus dem nexum verloren: sein Recht auf man. inj. gegen seinen Schuldner ist in Folge der res judicata schaffenden sententia judicii consumirt, und ein Forderungsrecht auf aes certum hat er nie gehabt.

Das so eben entwickelte Recht des nexum ist, wie wir sehen, ein ebenso einfaches, wie strenges, und gerade diese Strenge ist manchen Neueren unwahrscheinlich erschienen. So lesen wir z. B. bei Voigt XII Tafel I § 65 S. 630:

„So daher ist nach dieser Theorie das Schicksal eines jeden Bürgers sammt Kind und Kegel (letzteres ist freilich nicht richtig) vollständig in die Willkühr seiner Mitbürger gelegt: dafern wider ihn irgend wer mit der Behauptung auftritt, er sei aus einem nexum dessen Schuldner, und dafern für jenen nicht ein Dritter als tauglicher vindex sich findet, so ist der Beschuldigte sammt seiner Familie und Habe (dies wieder unrichtig) rettungslos seinem Gegner, und zwar er selbst der Sklaverei oder dem Tode verfallen, gleichgiltig im Uebrigen, ob jene Behauptung selbst in Wahrheit beruht oder nicht."

Gewiss war dies die schliessliche Folge des nexum. Der

---

25) Es gilt also hier genau dasselbe, was ich oben über die vindicatio und ihren Verlauf im Allgemeinen entwickelt habe. Dabei will ich noch bemerken, dass die vindicatio in servitutem auch hier abstract und ohne Angabe der materiellen causa angestellt ward; eine demonstratio (etwa: quod tu mihi damnas es), wie sie nach Gajus IV, 21 der späteren Man.-Inj.-Formel eigen ist, ist der ältesten und eigentlichen legis actio per man. inj. durchaus fremd.

sog. nexus ward Sklave des Darleihers, und er konnte folgerecht von diesem nicht bloss verkauft, sondern auch, da der Herr das jus vitae necisque über seinen Sklaven hat, getödtet werden, was sowohl Gellius XX, 1, 46 bestätigt, als auch aus tab. III, 6 hervorgeht; denn dasselbe Recht, welches mehrere Darleiher hatten, muss auch der einzelne gehabt haben. Und ebenso gewiss war der nexus vollständig der Willkür des ersten Besten, der ein nexum behauptete, preisgegeben, wenn sich kein vindex fand. „Aber die Härte dieser Einrichtung, führt Ihering Geist I § 11c (vor N. 59c) mustergiltig aus, ist nicht so gross, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte. Wer eine gerechte Sache hatte und seine Freunde und Verwandten davon zu überzeugen vermochte, dem konnte es an einem vindex so leicht nicht fehlen; war es doch eine Ehrenpflicht, einem bedrängten Verwandten in ähnlichen Fällen beizuspringen. Fand sich in ihrer Mitte Niemand, der des Rechts genugsam kundig war, um den Process zu führen, so war es nicht schwer, eine geeignete Person zu gewinnen, wenn man ihr nur das Risico abnahm, also die nöthige Deckung, (d. h. nach meiner Ansicht nur die Sacramentssumme) einhändigte oder zusicherte. Nur wenn der Beklagte weder selber die Mittel hatte, um in dieser Weise sich eines Vindex zu versichern, noch auch Verwandte oder Freunde bestimmen konnte, in der einen oder anderen Form sich seiner anzunehmen, nur in diesem Falle war ihm der Rechtsweg abgeschnitten. Aber war ihm nicht eben damit, dass er Niemanden gewinnen konnte, der sich auf seine Seite stellte, selbst unter denen nicht, welche Sitte und Ehre verpflichtete, bei gerechter Sache zu ihm zu halten, war ihm nicht eben damit das Urtheil bereits gesprochen?“ Freilich die begüterten Patricier werden schwerlich dem armen Plebejer zu Liebe gegen einen Standesgenossen einen Process zu führen gewillt gewesen sein; die Plebejer selbst aber waren durchschnittlich auch nicht in der besten Vermögenslage, und schliesslich wird Niemand gern aus blossem Mitleid mit einem Anderen sein eigenes Geld gewagt haben. Konnte daher der nexus nicht selbst die Sacramentssumme anbieten, so gilt eben das andere Wort Iherings von „Reich und Arm im römischen Civilprocess“, auch wenn wirklich seine Sache die allergerechteste gewesen wäre.

Zwei Punkte will ich noch berühren, bevor ich in der Entwicklungsgeschichte des nexum weitergehe. — Leistete der Schuldner rechtzeitig die schuldige Geldsumme, bez. wollte sie der Gläubiger annehmen, so war, wie zur Begründung, so auch zur Lösung des nexum ein formeller Act erforderlich. Natürlich, das Erz musste auch in diesem Falle wieder abgewogen werden (per aes et libram gestum), und der allgemeine Eigenthumserwerbsact war die legis actio per man. inj., das nexum. So erklärt sich hier sehr einfach der auch im classischen Rechte noch geltende Grundsatz: prout quidque contractum est, ita et solvi debet. Dieser Lösungsact war nun die nexi liberatio, d. i. wörtlich: die Befreiung des nexus (von dem nudum jus des Gläubigers auf ihn). Die Formel der nexi liberatio, wie sie Gajus III, 174 angiebt, ist, erklärlich genug, die der letzten Entwicklungsstufe des nexum; sie war nicht die ursprüngliche, schon weil zu Gajus Zeit die nexi liberatio nur eine imaginaria solutio war, sodann weil die Formel eine auf damnas (nach Gajus auf condemnatus) sum concipirte demonstratio enthielt; wir haben statt derselben eine lex nexi zu erwarten, welche die Befreiung des Schuldners aussprach. Auch deshalb erscheint die von Gajus angegebene Formel der nexi liberatio nicht als ursprünglich, weil sie der Schuldner ausspricht, dieser also der allein Handelnde ist; es ist anzunehmen, dass ursprünglich der Gläubiger das ihm zugewogene aes ebenso vindicirt habe, wie vorher der Darlehnsempfänger; denn dazu, dass es in sein Besitzeigenthum übergehe, gehört eben die man. inj. Möglich ist es allerdings, dass die nexi liberatio ursprünglich ein zweiseitiger Act war, so dass der Gläubiger die vindicatio des aes vornahm und der Schuldner die eigentliche Solutionsformel aussprach. Seitdem dann mit dem Abkommen des nexum selbst die nexi liberatio nur als ein formeller Solutionsact der mittels mancipatio eingegangenen Obligationen zurückblieb und schliesslich, wie die mancipatio selbst, nur noch ein imaginäres Rechtsgeschäft, richtiger ein Rechtsgeschäft mit imaginärer Zahlung (eines nummus unus) war, da fiel geradeso, wie bei der ursprünglich ebenfalls zweiseitigen mancipatio, der Vindicationsact des Gläubigers ganz fort, und die nexi liberatio nahm die von Gajus beschriebene Gestalt an. Alter Formeltheil waren aber gewiss die letzten Worte der Formel: secun-

dum legem publicam: sie weisen noch auf die lex nexi in ihrer eigentlichen Bedeutung als Centuriatgesetz, geradeso wie beim Mancipationstestament, hin. — Der zweite Punkt betrifft das Aufkommen der addictio des nexus. Die man. inj. auf den Schuldner war in der zweiten Periode des nexum ein privater Act ausserhalb der Comitien, weil die beim Abschluss des nexum zu Stande gekommene lex nexi, das Comitiengesetz, den Darleiher im Voraus unter gewissen Bedingungen zur man. inj. ermächtigt hatte. Als nun später auch das nexum selbst ein Privatact geworden war, gerieth es allmählich in Vergessenheit, dass eigentlich noch immer ein (fingirtes) Volksgesetz die Grundlage der man. inj. war, und da man andrerseits doch an dem Grundsatze festhielt, dass kein Bürger ohne Genehmigung der Volksgemeinde Sklave eines andern werden konnte, so führte man als ein neues Erforderniss die gerichtliche Geltendmachung der man. inj. auf den nexus ein, damit der Praetor als der berufene Vertreter des Staates auf dem Gebiete der Jurisdiction den nexus dem Injicienten ausdrücklich in servitutem addicire: nur der praetorischen addictio auf Grund der man. inj. kam von jetzt an die Eigenthum am nexus begründende Kraft zu.

Verfolgen wir nun weiter die Spuren der Entwicklung des nexum, so näherte es sich in seinem letzten Stadium der Obligation sehr, ohne doch selbst eine solche zu werden, bez. zu erzeugen. War Anfangs das Recht des Darleihers zur man. inj. das primäre, das Lösungsrecht des Darlehnsempfängers das secundäre, so drehte sich jetzt das Verhältniss um, dergestalt, dass das nexum dem Darleiher ein Forderungsrecht auf die bestimmte Geldsumme gab, zu deren Leistung der Andere verpflichtet war: ersterer erschien als Gläubiger, letzterer als Schuldner. Freilich trifft dies nur die materiell-rechtliche Seite des nexum. Denn eine persönliche Klage auf das aes certum hatte der Gläubiger nicht; die Klage war immer noch die vindicatio in servitutem in der Form der legis actio per man. inj. geblieben, und in ihr kam das wahre Wesen des nexum noch immer zum Vorschein. Allerdings hatte die angegebene Entwicklung des nexum zur Folge gehabt, dass der ursprüngliche Causalnexus zwischen dem nexum und der gegen den nichtleistenden Schuldner Platz greifenden Personalexecution

mehr und mehr verwischt und schliesslich ganz vergessen ward, namentlich seitdem die XII Tafeln in tab. III das Recht der Personalexecution geregelt hatten. Während nämlich ursprünglich das Recht des Gläubigers zur man. inj. auf den Schuldner aus dem Vertrage selbst entsprang und mithin eine von den Parteien selbst gewollte und ausdrücklich vereinbarte Folge des nexum war[26]), machte sich jetzt die Auffassung geltend, dass jenes Recht des Gläubigers sich nicht aus der Natur des nexum erkläre, sondern von aussen her komme, dass es auf positiver Rechts- oder Gesetzesvorschrift beruhe. Und diese Auffassung musste sich später noch mehr befestigen, seitdem der nexus befähigt ward, mittels manus depulsio den Process in eigener Person zu führen; denn seit der Zeit war es die sententia judicii, bez. die ihr gleichstehende confessio in jure des Schuldners, welche die vindicatio in servitutem begründete, weshalb diese Klage auch nicht als die Klage aus dem Rechtsgeschäfte, etwa als actio nexi, sondern als actio judicati (oder pro judicato) bezeichnet ward. Die spätere römische Rechtswissenschaft führte diese actio judicati einfach auf die XII Tafeln zurück; darüber, wie sie in diese hineingekommen war, gab und wusste man sich auch keine Rechenschaft zu geben; es schien auch ganz einleuchtend, dass, wie die Realexecution, so auch die Personalexecution durch Gesetz eingeführt sei. Indessen muss es doch bei solcher Auffassung räthselhaft erscheinen, dass die Römer früher die Personal-, als die Realexecution gekannt haben.

War das nexum in seiner dritten Entwicklungsstufe der Obligation nach der materiell-rechtlichen Seite hin ziemlich nahegekommen, indem es mit der Obligation die transitorische Natur und den Zweck der Erfüllung (solutio) theilte, so blieb doch diese Veränderung auch auf die dingliche Klage aus dem nexum nicht ganz ohne Einfluss. In erster Linie führe ich auf diesen Einfluss die Gestattung der manus depulsio zurück, d. h. die Neuerung, dass der Schuldner selbst zur Process-

---

[26]) Wie oben S. 267 gezeigt, geht auch die man. inj. auf die praedes litis et vindiciarum, somit im letzten Grunde das ganze praediatorische Recht auf Vertrag, nicht auf Gesetz zurück.

führung in seiner eigenen Sache befähigt ward. Daneben hatte die processuale Durchführung des Rechtes des Gläubigers zur man. inj. nach mehreren Seiten hin wesentliche Aenderungen erfahren, welche alle darauf hinauslaufen, die Strenge des alten Verfahrens zu mildern. Das Gesammtbild dieser Neuerungen bieten uns die XII Tafeln. Es ist anzunehmen, dass alle jene neue Bestimmungen der XII Tafeln nicht auf einmal entstanden sind, sondern dass sie Producte verschiedener Zeiten sind, dass sie nach und nach aus den immer erneuten Fehden hervorgegangen sind, welche die Stände um das Schuldenwesen und Schuldrecht führten. Schrittweise gelangten die Plebejer von der Durchsetzung einer Milderung zur Erzwingung einer andern, und die Decemvirn selbst mögen manches Neue in das Gesetz aufgenommen haben. Aber auf der andern Seite schloss das Zwölftafelgesetz die in stetem Flusse befindliche Entwicklung keineswegs ab. Alle Erleichterungen, welche auch die Plebejer bis dahin erlangt hatten, befriedigten sie nicht, weil sie nur das Processverfahren betrafen. Das Institut des nexum selbst war es, welches sie bekämpften, und es war erst der Nachzwölftafelzeit vorbehalten, es durch die Einführung der Realexecution aus seinen Angeln zu heben, bis der entwickelte Obligationsverkehr es ganz verdrängte; wie manche veraltete Institute gab es der neue Zeitgeist der desuetudo anheim[27]).

Nach dem Gesagten war die hauptsächlichste Neuerung, welche in das Recht des nexum eingriff, die Gestattung der manus depulsio durch die lex Vallia, wodurch der von der man. inj. ergriffene Schuldner das Recht erhielt, in eigener Person pro se lege agere, ohne also, wie früher, eines vindex zu bedürfen[28]). Bevor aber dieses Recht aufkam, hätten, wenn wir Gajus IV, 22 folgen, die lex Publilia und die lex Furia de sponsu in den von ihnen statuirten Fällen die legis actio per man. inj. gestattet, richtiger: sie hätten für gewisse Fälle eine

---

[27]) Es ist eine unrichtige Ansicht, dass die lex Poetelia das nexum, d. h. das so bezeichnete Darlehnsgeschäft abgeschafft habe; s. oben S. 95 N. 24.

[28]) Hiernach trifft der Begriff der man. depulsio auf den vindex nicht zu; s. oben S. 197, 198.

civile Klage gegeben, welche natürlich keine andere sein konnte, als die einzig vorhandene: die dingliche legis actio per man. inj. in personam. Beide Fälle würden also nach Gajus noch unter das alte Recht fallen. Dies ist nun aber gewisslich falsch: die leges Publilia und Furia de sponsu sind viel jünger als die lex Vallia, wie das Folgende ergeben wird. Was den Inhalt der beiden Gesetze angeht, so beziehen sich beide nach Gajus auf ein Sponsionsverhältniss; insbesondere gewährte die lex Publilia, welche ein längeres Verweilen nöthig macht, dem sponsor, der für den Schuldner die Schuldsumme „dependisset", wie es im Gesetze heisst, nach Ablauf von sechs Monaten nach der Zahlung die man. inj. wider den befreiten Nexumschuldner. Unter dem sponsor ist bei Gajus (vergl. auch III, 127) ein Sponsionsbürge verstanden. Nun aber ist, worüber das Nähere weiter unten folgt, die sponsio, welche eine wahre Obligation erzeugt, dem alten jus civile fremd; sie ist peregrinischen Ursprungs und ward erst durch die lex Silia juris civilis, indem diese sie mit einer civilen Klage, der legis actio per cond., bewehrte[29]). Hätte nun die lex Publilia mit dem ihr von Gajus beigelegten Inhalte etwas ganz Neues geschaffen, wofür sie im alten Recht keine Analogie gehabt hätte, so wäre es nicht anders denkbar, als dass sie auch dem zahlenden sponsor gegen den von ihm befreiten Schuldner die legis actio per cond. gegeben hätte. Weil sie ihn aber auf die man. inj. verwies, so ist daraus zu schliessen, dass dieser neue Fall nur einem älteren civilrechtlichen nachgebildet war, von dem auch die alte Processform der man. inj. auf ihn hinübergenommen war. Dass dies wirklich zutrifft, dafür spricht u. A. der Ausdruck dependere in der Gajanischen lex Publilia: er weist auf die actio depensi des depensor zurück. Depensor ist derjenige vindex, welcher für den von der man. inj. Ergriffenen Zahlung leistet und ihn dadurch von der bereits begonnenen Execution befreit. Als vindex contravindicirt auch der depensor (sc. in libertatem), und zwar würden wir es natürlich finden, dass er auf die man. inj. des Gläubigers hin diesen zuerst

---

[29]) s. einstweilen Voigt jus natur. Beilage XIX § VII (Bd. IV S. 438 ff.).

befriedigt und darnach den Schuldner in libertatem vindicirt; indessen stellt Livius VI, 14, 3 die Sache so dar, dass der depensor zuerst den Schuldner in libertatem vindicirt[30]) und erst hierauf dem Gläubiger Zahlung leistet; die Bezahlung der Nexumschuld aber geschieht in der gewöhnlichen Weise der nexi liberatio, d. h. der man. inj. des Gläubigers auf die angebotene und abgewogene[31]) Geldsumme, und was sonst noch dazu ursprünglich gehörte (s. oben S. 308). An diesen Fall der depensio knüpft nun unser unter dem Namen der lex Publilia angeführte Fall an, indem die actio depensi von dem erst bei der Vornahme der man. inj. formell freiwillig und aus eigenem Antriebe zahlenden vindex auf den Sponsionsbürgen übertragen ward, welcher sich, sei es sofort bei Eingehung der Obligation, sei es auch später, in bindender Weise zur Zahlung nur verpflichtete, wodurch er sich ebenso haftbar machte, wie es der Hauptschuldner selbst war; für die actio depensi war aber die legis actio per man. inj. die zuständige Klagart. Darüber dürfte kein Zweifel sein. Voigt[32]) meint nun aber, dass gerade unsere lex Publilia, welche er in das Jahr 427 d. St. setzt[33]), diese Uebertragung der actio depensi auf den zahlenden Sponsor vermittelt habe, und hierin kann ich ihm nicht ohne Weiteres beitreten; wenigstens giebt der Bericht des Gajus zu denken. M. E. leidet das Recht der lex Publilia, so wie es Gajus darstellt, an einem inneren

---

[30]) „manum injecit" sagt Livius hierfür ganz recht nach alttechnischem Sprachgebrauche (s. oben S. 198 und S. 210), und Voigt (XII Tafeln I § 63 N. 2) irrt daher, wenn er den Ausdruck in dieser Stelle als untechnisch gebraucht ansieht.

[31]) d. i. wörtlich: dependere; in übertragener Bedeutung heisst es: zahlen, und zwar mit der Nebenbedeutung der Intercession, d. h. des Zahlens für einen Andern (s. Voigt XII Tafeln II § 125 N. 1). Dagegen für sich zahlen heisst ursprünglich allein: solvere, contrahirt aus: se luere (vgl. Voigt a. a. O. § 118 N. 3), d. h. sich lösen, daher soviel als liberum fieri (Voigt a. a. O. N. 2), nämlich frei von der dinglichen Verhaftung aus dem nexum werden. Erst später verlor solvere seine mediale Bedeutung und verdrängte damit das dependere.

[32]) XII Tafeln II § 125 N. 4.

[33]) Jus natur. Bd. IV Beil. XIX N. 76.

Widerspruche und passt überdies in die Entwicklungsgeschichte, welche Gajus IV, 21 ff. von der legis actio per man. inj. giebt, nicht recht hinein; es ist mir wahrscheinlich, dass er (oder sein Gewährsmann) zwei verschiedene auf die actio depensi bezügliche Gesetze, ein älteres und ein jüngeres, mit einander confundirt und zu einem Gesetze zusammengeschweisst hat. Denn es ist ein Widerspruch, wenn Gajus IV, 22 sagt, dass die lex Publilia die man. inj. pro judicato gegeben habe, wonach der Schuldner gleich dem judicatus nicht für sich selbst lege agiren konnte, sondern dazu eines vindex bedurfte, und wenn er III, 127 bemerkt, dass die actio depensi der lex Publilia auf das duplum, also auf Geld geht; denn die legis actio per man. inj. pro judicato war eine vindicatio in servitutem ohne Gestattung der manus depulsio, die auf Geld gehende legis actio per man. inj. setzt zum Mindesten die manus depulsio voraus, war aber in Wirklichkeit eine obligatorische Klage geworden, hatte also ihre Vindicationsnatur verloren, wie der Schluss der Entwicklungsgeschichte ergeben wird. Ferner gehört die sponsio als civilrechtliches Institut, wie gesagt, der Nachzwölftafelzeit an, und demnach müsste auch die lex Publilia jünger als die XII Tafeln sein; auf der andern Seite aber müsste sie, wenn Gajus IV, 22—25 die einzelnen Gesetze in richtiger chronologischer Reihenfolge aufzählt, oder wenn auch nur die lex Publilia wirklich älter als die lex Vallia ist, in die Zeit vor den XII Tafeln fallen, weil, wie ich nachher wahrscheinlich machen werde, auch die lex Vallia schon vor den XII Tafeln gegeben war. Wenn daher nach Gajus IV, 25 die lex Vallia die actio depensi von der man. inj. pura ausschliesst, so würde sie mit dieser Ausnahme gerade auf die lex Publilia zurückgreifen, und so denkt sich Gajus auch offenbar die Sache, wenn er nach der Besprechung der lex Publilia, Furia u. s. w. in § 25 sagt: sed postea lege Vallia etc. Der Bericht des Gajus ergiebt also in der That Widersprüche, und sie lösen sich m. E. am besten durch die Annahme, dass zwei Gesetze über die actio depensi ergangen waren, von denen das ältere vor der lex Vallia und demnach auch vor den XII Tafeln, das jüngere aber nach den XII Tafeln erlassen war, und zwar führte das erstere die legis actio per man. inj. pro judicato ein, und wir können zur

näheren Characteristik nur noch hinzufügen, dass es nicht den sponsor im Auge haben konnte; das letztere aber gab dem sponsor die actio depensi auf das Doppelte, und man überwies diese actio in Anlehnung an jene ältere actio depensi der legis actio per man. inj., welche aber mittlerweile eine ganz andere Bedeutung erhalten hatte. Fragen wir nun, welches Gesetz die lex Publilia gewesen sei, so entscheide ich mich allerdings für das jüngere, trete also Voigt bei; denn das Gesetz ist nach einem Plebejer benannt, dürfte also ein plebiscitum gewesen sein, vor den XII Tafeln aber waren die Gesetze leges i. e. S.

Die wahre lex Publilia geht uns hier nun nichts weiter an; sie gehört gar nicht in den Zusammenhang bei Gajus IV, 22; um so mehr aber nimmt jene ältere lex über die actio depensi unser Interesse in Anspruch. Was könnte diese bestimmt haben? Wem hätte sie die actio depensi gegeben? Es giebt hierauf nur die eine Antwort: dem alten depensor, d. h. vindex; es ist dasjenige Gesetz, welches zuerst die actio depensi, welches die eigentliche actio depensi eingeführt hat. Denn in der That, dass der für den von der man. inj. Ergriffenen zahlende vindex gegen diesen seinerseits das Recht zur man. inj. haben sollte, war etwas dem alten Rechte ganz Fremdes, zu dessen Einführung es gewiss eines Gesetzes bedurfte. Denn wie sollte ohne solche positive Bestimmung der vindex, welcher formell, d. h. vom Standpunkte des jus civile, aus eigenem Antriebe direct an den Injicienten zahlt, daraus ein Recht auf man. inj. gegen den Schuldner erhalten? Dieses Recht entsteht nur durch ein per aes et libram gestum, bez. nexum, d. h. also durch ein Rechtsgeschäft mit dem Schuldner selbst; es entsteht nur mit dem Willen des Schuldners, welcher sich ausdrücklich eben in dem Abschlusse des nexum kundgiebt; es entsteht auch nur gegen denjenigen, welcher zu dem Zwecke eines nexum Geld aufnimmt, empfängt. Alles dies trifft auf die depensio nicht zu. Freilich gerirt der depensor auch per aes et libram, aber nicht mit dem Schuldner, sondern mit dem Gläubiger, und der Schuldner selbst nimmt an diesem Zahlungsgeschäfte gar keinen Antheil; er steht ihm ganz indifferent gegenüber; die depensio geschieht formell-rechtlich ohne seinen Willen, wenn er auch vielleicht vorher mit dem

depensor ein (klagloses) pactum abgeschlossen hat, ja, sie kann auch gegen seinen Willen geschehen: sein Wille kommt hierbei gar nicht in Betracht. Also durch die blosse Thatsache des freiwilligen, vielleicht sogar eigenmächtigen Bezahlens einer fremden Schuld kann der vindex kein Recht auf man. inj. gegen den Schuldner erlangen. Dependirte er, so lag darin eine Schenkung, und zwar eine Schenkung der Freiheit, welche er ja auch mit seiner vindicatio behauptete. Wenn also später der depensor eine eigene Klage gegen den Schuldner hatte, so konnte sie ihm nur durch ein förmliches Gesetz gegeben worden sein: die actio depensi ist der erste Fall, dass die legis actio per man. inj. gegen einen Bürger nicht unmittelbar auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruht. Auch darin zeigt sich eine positive Gesetzesbestimmung, dass die actio depensi erst nach sechs Monaten anstellbar war; es erklärt sich aber diese Frist aus dem Gebrauche, das nexum mit lex dicta nur auf sechs Monate abzuschliessen, wie oben bemerkt. Ich halte es daher für gewiss, dass jene ältere lex, auf deren Vorhandensein uns der Gajanische Bericht über die lex Publilia schliessen lässt, und welche an die von Gajus dieser lex zugewiesene Stelle in der Geschichte der legis actio per man. inj. gehört, wie sie auch immer benannt gewesen sein mag, — dass jene ältere lex die actio depensi des vindex eingeführt, d. h. dem depensor eine Klage gegeben hat, welche keine andere als die legis actio per man. inj. sein konnte, dass sie ihm dieselbe Klage gab, welche der Nexumgläubiger gehabt, und von der er den Schuldner eben befreit hatte.

Auch diese lex unbekannten Namens war, so paradox es zunächst klingen mag, auf eine Verbesserung der Creditverhältnisse angelegt. Wie sollte sich der nexus helfen, wenn der in der lex nexi festgesetzte Zahlungstermin da war und er den Gläubiger nicht befriedigen konnte? Dass Jemand für ihn aus Barmherzigkeit dependiren würde, darauf war nicht zu rechnen; er konnte schon von Glück sagen, wenn er Jemanden fand, welcher ihm ein neues Darlehn in Höhe der Schuldsumme zu geben bereit war, damit er den ersten Darleiher befriedigen konnte. Ein solches neues Darlehn, natürlich wieder in der Form des nexum mit lex dicta, an Stelle und Zwecks Tilgung des ersteren, fällig gewordenen Darlehns aufnehmen hiess

technisch: versuram facere[34]); eine versura, ein vertere lag insofern vor, als eigentlich nur eine translatio des Darlehns a persona (des Gläubigers) ad personam stattfand. Aber freilich war eine versura dem Schuldner deshalb vortheilhaft, weil er durch sie weitere sechs Monate Zeit zur Beschaffung der Schuldsumme gewann: er hatte wenigstens die ihm drohende Personalexecution bis auf weitere sechs Monate von sich abgewandt und konnte sich noch so lange seiner Freiheit erfreuen. Damit hatte er schon genug erreicht; denn in jenen unruhigen Zeiten konnte leicht ein Umschwung zu seinen Gunsten eintreten, etwa ein neues Schuldgesetz erlassen werden, welches entweder allgemeinen Schulderlass decretirte oder doch den Zinsfuss herabsetzte oder den Schuldner sogar von der Zahlung der fälligen Zinsen ganz befreite. Aber es wird auf der andern Seite auch nicht leicht gewesen sein, Jemanden zur Hingabe eines neuen Darlehns an einen bereits verschuldeten Plebejer zu bewegen, auch wenn dieser versprach, das empfangene Geld zur Tilgung der alten Schuld zu verwenden. Hatte denn der neue Darleiher Sicherheit, dass jener sein Versprechen halten werde? That er es nicht, dann vindicirte ihn der alte Gläubiger in servitutem, und der zweite Darleiher hatte das Nachsehen[35]). Es war daher ein guter Griff, den die neue lex that: indem sie dem depensor, welcher mit Umgehung der Person des Schuldners direct an den alten Gläubiger zahlte, die man. inj. auf den Schuldner nach Ablauf der üblichen sechs Monate gewährleistete, so dass er keinen vorstehenden oder concurrirenden Gläubiger zu fürchten brauchte, lockte sie einerseits Depensoren heran, und verschaffte sie andererseits dem Schuldner eine neue Frist, innerhalb welcher es ihm vielleicht gelang, seine Schuld zu tilgen. Verstrich diese fruchtlos, so vindicirte nunmehr der depensor den

---

[34]) s. Huschke Nexum S. 117 ff.

[35]) Höchstens concurrirte er mit dem alten Gläubiger und hatten beide das Recht, den Leib des Schuldners in partes secare oder ihn gemeinschaftlich zu verkaufen; doch halte ich dies erst für späteres Recht: das Recht des ersten Gläubigers auf man. inj. musste dieser ursprünglich unverkürzt haben geltend machen können.

Schuldner in servitutem; möglich, dass sich dann wieder Jemand zur depensio verstand.

Diese lex über die actio depensi muss ein sehr hohes Alter haben; sie war die erste, welche nach dem Vorbilde des nexum einen neuen, zweiten Fall der legis actio per man. inj. in ihrer ältesten Gestalt einführte; sie fällt nach meinen obigen Ausführungen noch vor die lex Vallia: nexum und depensio sind die einzigen Fälle vor dieser lex, welche zur man. inj. gegen einen Bürger berechtigen. Alle andern von Gajus IV, 21, ff. aufgeführten Gesetze müssen, auch wenn Gajus das Gegentheil lehrt, nach der lex Vallia, vielleicht sogar nach den XII Tafeln entstanden sein. Denn was zunächst die lex Furia de sponsu betrifft, so ist es nicht anders denkbar, als dass sie sich von Anfang an auf sponsores, d. h. eigentliche Sponsionsbürgen bezog, und daher gilt für sie genau dasselbe, wie über die (wahre) lex Publilia. Sie ist demnach nicht nur jünger, als die lex Vallia, sondern auch als die XII Tafeln, und da die letzteren das durch die lex Vallia gegebene Recht der manus depulsio bereits weiter entwickelt haben, was ich sogleich beweisen werde, so ist auch die durch die lex Furia gegebene man. inj. die weiter entwickelte pura. Denn auch die lex Furia testamentaria, welche Gajus allerdings zu den Fällen stellt, in denen manus depulsio erlaubt war, enthielt, wie wir aus der Bemerkung des Gajus in IV, 24 ersehen, keine Bestimmung über die Art der man. inj. Es war eben zu der Zeit, wo diese Gesetze gegeben wurden, selbstverständlich, dass der Schuldner pro se lege agere konnte, weil dies schon seit der lex Vallia allgemeines Recht war, von dem es nur zwei positive Ausnahmen gab, welche die lex selbst aufgestellt hatte: die actio judicati und depensi, und weil dann die XII Tafeln dieses Recht schon wieder weiterausgebildet hatten. Und dasselbe dürfte von der lex Marcia adversus faeneratores gelten, da diese wohl kaum vor den XII Tafeln erlassen ist. Hiernach wüsste ich keine lex, welche vor der lex Vallia die manus depulsio gestattet hätte; es war eben die lex Vallia selbst erst, welche diese Neuerung einführte, und zwar nicht für einen oder mehrere besondere Fälle, sondern generell für alle Fälle der man. inj., welche es bereits gab, und welche erst

später entstehen würden, bis auf die zwei im Gesetze namhaft gemachten Ausnahmen.

Erst seit der lex Vallia datirt die Dreitheilung der legis actio per man. inj. in eine judicati, pro judicato und pura. Vorher gab es nur eine man. inj. schlechthin, und nach dem angegebenen späteren Sprachgebrauche würde man sie bald als eine pro judicato, wenn kein vindex für den Schuldner eingetreten war, oder als eine judicati, wenn zwar ein vindex den Rechtsstreit geführt hatte, die sententia judicii aber gegen ihn ausgefallen war, zu bezeichnen haben. Denn judicatus i. e. S. ist der Schuldner nur als gewesene, und zwar unterlegene Processpartei, was er eben erst seit der lex Vallia sein konnte; erst seitdem sprach man von einer actio judicati, d.i. legis actio per man. inj. judicati, und darnach auch von einer solchen pro judicato.

Dass nun die XII Tafeln, was ich bisher vorausgesetzt habe, das durch die lex Vallia gesetzte Recht bestätigen und auf ihr beruhen, lehrt sowohl tab. I, 1, wie ganz besonders tab. III, 1. Das letztere Gesetz, mit dem ich mich zuerst beschäftigen will, lautet nach der Ueberlieferung: aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Es unterscheidet zwei Fälle; der erste ist der der confessio in jure. Als confessum wird nur das aes bezeichnet: natürlich, ein anderes Object war gar nicht möglich. Von den drei Fällen der man. inj. in personam, welche die XII Tafeln überhaupt gekannt haben dürften, gingen zwei, nämlich die Klagen aus dem nexum und aus der depensio, auf aes certum, und sollten ja einige der von Gajus genannten Gesetze den XII Tafeln vorausgegangen sein, so handelt es sich in diesen auch nur immer um geschuldetes Erz. Der dritte Fall der man. inj. aber nach den XII Tafeln ist nach tab. I der gegen den ungehorsamen in jus vocatus, und hier braucht allerdings der Gegenstand nicht aes zu sein; er ist nämlich dann nicht aes, wenn die Klage eine rei vindicatio ist, welche nach Zwölftafelrecht wahrscheinlich durch die in jus vocatio eingeleitet ward. Aber da hier die man. inj. von Anfang an pro judicato war, so war eine confessio in jure überhaupt nicht möglich, also auch keine confessio einer Geldschuld. Der Schuldner konnte also in der That nur aes confitiren; es gab kein civiles Rechtsgeschäft, durch welches der Schuldner zur Leistung einer res

hätte verpflichtet werden können. Konnte nun aber der Schuldner innerhalb der legis actio per man. inj. überhaupt in jure confitiren, so muss er als Processpartei gelten, d. h. er muss zum Mindesten das Recht zur man. depulsio gehabt haben, woraus hervorgeht, dass die lex Vallia älter als die XII Tafeln ist. Freilich hatte nach dem Rechte der lex Vallia die man. depulsio für den Fall wenig Zweck, wenn der Depellent doch confitiren wollte oder musste[36]); denn als confessus galt er ebenso pro judicato, wie wenn er erst gar nicht manum depellirt hätte. Allein eben darin, dass tab. III, 1 allgemein die confessio für möglich hält, zeigt es sich, dass die XII Tafeln auf dem von der lex Vallia beschrittenen Wege schon weiter gegangen waren; das Nähere folgt später.

So gut nun, wie der Ergriffene in jure confitiren konnte, musste er auch leugnen, in den Rechtsstreit mit dem Kläger eintreten können. Dies ist der zweite Fall der tab. III, 1, welcher mit den Worten: rebusque jure judicatis bezeichnet wird. Man hat in diesen Worten Schwierigkeiten gefunden und deshalb zu emendiren gesucht[37]), aber m. E. ohne Noth. Unter den res sind freilich nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, res certae oder incertae im Gegensatze zum aes, also andere Leistungsobjecte als Geld verstanden; denn, wie gesagt, konnte nur aes Leistungsobject sein. Wir brauchen die Worte nur in den uns geläufigeren und gebräuchlicheren Singular umzusetzen, und es ergiebt sich, dass unser Fall res judicata voraussetzt[38]). Die res judicata wird aber erst durch die sententia judicii gesetzt[39]), wie denn judicare die Thätigkeit des judicium bezeichnet[40]). Also liegt unser Fall so, dass das Verfahren in judicio, vor den Centumvirn, stattgefundon hat; rebusque jure judicatis heisst wörtlich: nachdem die Processe in

---

[36]) Allerdings konnte er sich erst nach der man. depulsio, also vielleicht nach der prov. sacr. zur confessio bewogen gefühlt haben.

[37]) s. Karlowa Röm. Civilpr. S. 155.

[38]) Wie in den XII Tafeln, so findet sich der Plural z. B. noch bei Ulp. in L. 1 D. 44, 2; bei Paul. V, 5a, 1, 6, 7 und in L. 47 § 1 D. 42, 1; bei Macer in L. 63 D. ibid.

[39]) s. oben S. 178.

[40]) s. oben S. 195.

rechtmässiger, gesetzlicher Weise[41]) durch die sententia judicii erledigt worden sind[42]). Wenn der Process aber soweit gekommen war, so muss der Beklagte auch zur Vornahme der prov. sacr. befähigt, d. h. er muss Processpartei gewesen sein, was wiederum erst nach der lex Vallia möglich war. In tab. III, 1 steht demnach die res nicht im Gegensatze zum aes, sondern vielmehr die res judicata im Gegensatze zur confessio in jure, d. h. das Leugnen oder Bestreiten der klägerischen Behauptung im Gegensatze zum Eingeständniss. Bezüglich der Construction in tab. III, 1 halte ich den Plural rebusque jure judicatis für einen abl. abs., den Singular aeris confessi aber für einen alten gen. abs., welchen das Griechische beibehalten hat. Zu confessi ist also der Nominativ nicht confessus (d. i. der Ergriffene, welcher aeris confitetur), sondern confessum, sc. aes.

Hiernach halte ich es für gewiss, dass tab. III, 1 auf der lex Vallia fusst, und dass erstere gerade die Klage aus

[41]) natürlich nicht vor dem Praetor: es heisst nicht: in jure.

[42]) Der Ausdruck res judicata hat also noch nicht die technische Bedeutung von Rechtskraft gehabt. Uebrigens ist es erklärlich, warum die XII Tafeln den Plural gesetzt haben; es geschah zur Vermeidung eines möglichen Missverständnisses. Der Singular res judicata hätte nämlich nicht sowohl den erledigten Process bedeutet, als vielmehr die res vindicata, welche durch die sententia judicii zu einer res judicata gemacht worden war; denn wie der von der man. inj. ergriffene Bürger nach der sententia judicii judicatus heisst, so heisst auch die res, welche von beiden Parteien vindicirt ist (man. inj. in rem), nach der sententia judicii: res judicata. Es ist ein grosser Irrthum der bisherigen Lehre, dass der im Reivindicationsprocesse unterliegende Vindicant judicatus gewesen sei, gegen welchen daher der Sieger mit der man. inj., der Personalexecution, vorgehen könne; dieser Irrthum beruht im Wesentlichen darauf, dass man verkannte, dass die addictio das ordentliche Endurtheil im Vindicationsprocesse war. Bei der rei vindicatio giebt es nie einen judicatus, sondern immer nur bei der vindicatio eines Bürgers in servitutem; daher bezieht sich tab. III, 1 in keiner Weise auf die rei vindicatio. Sofern ein Vindicant oder ein praes aus Veranlassung der rei vindicatio in servitutem vindicirt werden kann (s. oben S. 267), geschieht dies nicht auf Grund der tab. III, 1, nicht auf Grund einer sententia judicii, sondern auf Grund eines mit dem Praetor abgeschlossenen Vertrages.

dem nexum im Auge hat. Zwar ausdrücklich gesagt ist es im Gesetze nirgends; da aber diese Klage neben der actio depensi, bei welcher ja man. depulsio nicht gestattet ist, die einzige ist, auf welche tab. III passt, so halte ich meinen Schluss für zutreffend. Es kommt hinzu, dass Gellius XX, 1, 42, ff. den Excurs über tab. III hauptsächlich anschliesst an die sectio partitioque corporis der tab. III, 6 (XX, 1, 39), und in § 41 als den Hauptfall, in welchem die sectio Platz griff, den der pecunia mutuatica d. h. des nexum ausdrücklich nennt, und dass auch sonst fast überall, wo das Recht der tab. III in Frage kommt, vom nexum oder nexus die Rede ist; ich brauche hierfür nur auf die vielen bekannten Stellen namentlich bei Livius, zu verweisen.

Nicht nur beruht aber tab. III auf der lex Vallia, sondern die XII Tafeln weisen auch eine weitere Entwicklung des durch die lex Vallia geschaffenen neuen Rechtes auf. Musste ursprünglich der Ergriffene ausdrücklich manum sibi depellere um sich dadurch processfähig zu machen, so galt er nach dem Rechte der XII Tafeln von Anfang an als Processpartei, ohne dass es einer eigentlichen man. depulsio bedurfte. Wie haben wir uns zunächst das Verfahren mit man. depulsio in Gemässheit der lex Vallia zu denken? Der Gläubiger nahm zuerst aussergerichtlich die man. inj. auf den Schuldner vor, um ihn auf Grund derselben in das jus zu führen; eine aussergerichtliche man. depulsio war natürlich nicht erlaubt; wenigstens wüsste ich nicht, wie sonst der Gläubiger den Ergriffenen hätte zur Folge in jus zwingen können. In jure angelangt, wiederholte der Gläubiger die man. inj. Es kommt nun darauf an, ob der Schuldner das Recht des Gläubigers zur man. inj. bestreiten wollte oder konnte, oder nicht. Letzterenfalls, wenn er doch durch Unterlassung der prov. sacr. confitiren musste, hatte die man. depulsio, wie schon bemerkt, keinen Zweck. Sie war überhaupt nur für den Fall und unter der Voraussetzung von der lex Vallia vorgesehen worden, dass der Schuldner wirklich pro se lege agere, d. h. es auf eine sententia judicii ankommen lassen wollte, wobei es sich immerhin ereignen konnte, dass der Depellent nachträglich und gegen seine ursprüngliche Absicht, welche ihn bei der man. depulsio geleitet hatte, sich zu einer confessio verstand. Die man. depul-

sio selbst aber ist nichts weiter als dieselbe Contravindication, welche früher dem vindex zufiel. Behauptete also der Gläubiger: hunc ego hominem ex jure Quir. meum esse ajo, und entgegnete früher der vindex: hunc ego hominem ex jure Quir. liberum esse ajo, so lautete jetzt die Formel des Depellenten etwa: me ex jure Quir. liberum esse ajo, wobei als begleitender actus eine wirkliche man. depulsio, ein Wegziehen der Hand des Injicienten von sich, stattgefunden haben mochte. Hiernach ging die legis actio sacr. u. s. w. vor sich. Dies war ungefähr das Verfahren gemäss der lex Vallia.

Das Zwölftafelrecht weist dagegen ein ganz anderes Verfahren auf. Die erste Neuerung, die wir in tab. I, 1 antreffen, ist die in jus vocatio, deren Einführung dem ganzen Verfahren eine andere Richtung gab[43]). Es könnte zweifelhaft sein, ob die in jus vocatio nach tab. I bei jeder vindicatio, d. h. nicht bloss bei der Klage aus dem nexum, der vindicatio eines civis in servitutem, sondern auch bei der vindicatio rei Platz griff. Bei letzterer hat es nach meinen obigen Ausführungen der Vindicant ursprünglich nur mit der Sache selbst zu thun; an ihr vollzieht er die aussergerichtliche man. inj., sie nimmt er mit sich in das jus (wenn sie beweglich ist), und es war Sache des Vorbesitzers, ob er schon aussergerichtlich oder erst in jure contravindiciren wollte. Eine eigentliche Ladung des Vorbesitzers war also der vindicatio rei ursprünglich fremd. Es ist nun aber doch wahrscheinlich, dass auch für diese die XII Tafeln die in jus vocatio sanctionirten; wenigstens scheint mir der Umstand dafür zu sprechen, dass das erste Gesetz der XII Tafeln sofort die in jus vocatio als die allgemeine Einleitungsform eines Processes behandelt, und dass insbesondere die tab. I in den folgenden Gesetzen offenbar die rei vindicatio (vgl. die litis addictio in tab. I, 8) regelt. Dann hatte der in jus vocatus aber nicht nur die Folgepflicht, sondern auch die Pflicht, die streitige Sache in das jus mitzunehmen. Es fiele darnach die aussergerichtliche man. inj. des Vindicanten auf

---

[43]) Wahrscheinlich war sie dem Recuperationsprocesse entlehnt, welcher überhaupt mannigfach auf den Legisactionsprocess eingewirkt hat, wie schon oben bemerkt, und wie nachher näher auszuführen.

die Sache fort, und somit würde der Geladene nicht schon ausserhalb des jus des Besitzes enthoben worden sein, sondern erst in jure zufolge der dort erst vorzunehmenden man. inj. des Vindicanten. Für den Fall aber, dass der Geladene der Ladung nicht Folge leistet, war dem Ladenden das Recht gegeben, zur man. inj., nun nicht mehr auf die Sache, welche sich ganz der Action des Ladenden entzog, weil sie durch die Person des Besitzers gedeckt war, weil der Weg zu ihrer Erlangung nicht mehr direct, sondern nur über die Person des Besitzers führte, — sondern auf den Besitzer selbst zu schreiten, d. h. ihn in servitutem zu vindiciren[44]). Der Ergriffene galt alsdann ohne Weiteres als confessus, war pro judicato, so dass also in diesem Falle die manus depulsio nicht gestattet war, die lex Vallia auf ihn keine Anwendung erlitt[45]); fand sich kein vindex, so ward er dem Injicienten sofort addicirt.

Es sei mir gestattet, mich an dieser Stelle noch etwas eingehender mit der man. inj. und dem vindex bei der in jus vocatio zu beschäftigen und so von dem eigentlichen Gegenstande meiner Erörterungen abzuschweifen. Die oben entwickelte Ansicht hat zuerst Puchta[46]) ausgesprochen; doch ist sie neuerdings von Demelius und Lenel bekämpft worden[47]). Beide sind einig in der Verneinung der legis actio per man. inj. in unserem Falle, gehen aber auseinander in Bezug auf die Frage, ob nicht doch ein vindex der in jus vocatio entgegen-

---

[44]) Damit sich der Geladene die ganze Schwere der Folge seines Ungehorsams noch einmal vergegenwärtigen könne, schob das Gesetz zwischen in jus vocatio und man. inj. noch das Erforderniss seiner Verhaftung mittels capio ein.

[45]) Die lex Vallia selbst hatte natürlich diesen Fall nicht neben der actio judicati und depensi als Ausnahme namhaft machen können, weil es eine in jus vocatio zur Zeit ihres Erlasses eben noch nicht gab.

[46]) Inst. I § 162 und § 160 N. e.; nur meint er fälschlich, dass der Ergriffene durch die Stellung eines vindex von der Pflicht, dem Ladenden in das jus zu folgen, befreit worden sei. Der ungehorsame in jus vocatus war Man.-Inj.-Object, und daher war seine Gegenwart in jure erforderlich. Auch sagt Puchta ungenau, dass der vindex vom Ergriffenen gestellt werde; rechtlich stellt er sich freiwillig.

[47]) Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 2 Rom. Abth. S. 3 ff., bez. S. 43 ff.; s. auch Lenel edict. perp. S. 53 ff.

treten kann. In ersterer Beziehung leugnen zwar Beide nicht, dass das manum endojacere der tab. I dieselbe Handlung sei, welche auch bei der legis actio per man. inj. vorkomme; aber sie meinen, dass das manum inicere sich nicht nothwendig in der Form der legis actio vollziehe, dass es ein allgemeiner Ausdruck für das gewaltsame Wegführen sei, wie es sowohl innerhalb, als auch ausserhalb der nach ihm benannten legis actio stattfinde, dass man demnach zwischen einer technischen und untechnischen (Lenel) oder einer engeren und weiteren technischen (Demelius) Bedeutung zu unterscheiden habe; in ersterer bedeute es die legis actio; diese sei ein besonderer Fall der man. inj. im Allgemeinen. Allein eine solche Unterscheidung ist nicht haltbar; jedes agere per man. inj. ist ein lege agere. Die XII Tafeln gebrauchen auch da nicht, wo die man. inj., wie in tab. III, unzweifelhaft eine legis actio ist, diesen Ausdruck, aus dem einfachen Grunde, weil er erst viel später aufgekommen ist; aus der verschiedenen Fassung aber der tab. I: manum endojacito und der tab. III: man. inj. esto kann doch nicht auf eine Verschiedenheit des Verfahrens selbst geschlossen werden, obgleich es sowohl Demelius wie Lenel für möglich halten. Auch die sonstigen, gewichtigeren Bedenken beider Schriftsteller sind unbegründet. Aus meiner ganzen Darstellung des Rechtes der legis actio per man. inj. geht hervor, dass diese die Angabe einer bestimmten Geldsumme und nöthigenfalls gar ein vorgängiges Aestimationsverfahren[47a]) durchaus nicht voraussetzt, dass sie vielmehr in ihrer ältesten und eigentlichen Function eine abstracte vindicatio in servitutem war;

[47a]) Der Zweck eines solchen Aestimationsverfahrens, welches in Vertragsverhältnissen ohnehin nicht möglich gewesen wäre, da es sich ja immer nur um geschuldetes aes certum handeln konnte, hat mir nie einleuchten wollen: was hätte es für einen Sinn, wenn der Schuldner, bez. der ungehorsame in jus vocatus doch addicirt ward, mag nun das Schuld- bez. Vindicationsobject auf 1 oder auf 1000 abgeschätzt worden sein? Dass andrerseits der man. inj. gegen den fur manifestus kein Aestimationsverfahren vorherging, steht fest. Im Formularprocesse war es allerdings erforderlich, dass, wer confitirte, certum aes confitirte, weil die condemnatio stets eine pecuniaria war; daher sagt L. 6 D. 42, 1: urgeri debet, ut certum confiteatur. Diese Nothwendigkeit des certum confiteri hat man nun missverständlich auf den Legisactionsprocess übertragen.

auch habe ich bereits oben S. 195 ausgeführt, dass nicht etwa bloss das formelle Recht des Injicienten zur man. inj., wie u. A. auch Lenel S. 50, 51 meint, den Gegenstand des Rechtsstreites zwischen ihm und dem vindex bildet. Darnach hat aber Puchta nicht bloss darin Recht, dass die man. inj. den ungehorsamen in jus vocatus zu einem confessus mache, sondern auch darin, dass er nur durch einen vindex der Personalexecution entzogen werden kann; dieser vindex ist demnach der gewöhnliche, und es ist unrichtig, dem Ladungsvindex in Gemässheit der tab. I eine andere Function und Stellung zuzuschreiben, als dem Executionsvindex der tab. III.

Für das Letztere aber, dass es nach Zwölftafelrecht einen sog. Ladungsvindex gegeben hat, und dass dieser kein anderer als der bekannte Executionsvindex der tab. III ist, lässt sich noch ein selbständiger Beweis aus den Quellen führen. Zunächst kommt in Betracht tab. I, 4 der XII Tafeln, insofern hier im unmittelbaren Anschluss an die Regelung des Ladungsrechtes des vindex Erwähnung geschieht, so dass der Schluss sich von selbst ergiebt, der vindex stehe zur in jus vocatio, speciell zu der man. inj. des ungehorsamen Geladenen in gewisser Beziehung. Nun hat aber Exner[48]) und nach ihm Demelius die Behauptung aufgestellt, dass jenes Zwölftafelgesetz gar nicht in tab. I, sondern in tab. III gehört; wäre dies richtig, dann käme ihm freilich keine Beweiskraft für unsern Beweissatz zu. Indessen, die von Exner und Demelius für ihre Ansicht beigebrachten Gründe sind zwar scheinbar und auf den ersten Blick bestechend, aber unbedingt beweisend sind sie nicht, wie Lenel S. 48 N. 90 ganz richtig urtheilt. Zwar will auch dieser Schriftsteller unserm Fragmente nicht viel Beweiskraft beimessen; aber er hält es doch für möglich, dass die XII Tafeln die in tab. I über den vindex getroffenen Bestimmungen in tab. III geradezu wiederholt, oder dass sie schon in tab. I eine allgemeine, auch für tab. III massgebende Norm aufgestellt hätten. Das Letztere halte ich für richtig, und damit lässt sich sehr gut eine Digestenstelle vereinbaren, welcher Demelius gerade für seine Ansicht ein gewichtiges Argument entnehmen will. Gajus nämlich handelt in L. 234 § 1 D. 50, 16 vom vindex, und zwar augenscheinlich

[48]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII S. 392.

in einer Weise, dass er dabei unser fragliches Zwölftafelfragment im Auge gehabt haben muss. Nun aber ist obige Stelle des Gajus aus dem zweiten Buche seines Zwölftafelcommentars entlehnt, und in diesem Buche erörtert er zweifellos das Recht der tab. III. Folglich, so schliesst Demelius, muss unser Fragment der tab. III, und nicht der tab. I, angehört haben. Allein dieser Schluss ist deshalb nicht zwingend, weil Gajus im zweiten Buche zu tab. III auch dann auf den vindex eingehen musste, wenn er seiner etwa schon im ersten Buche zu tab. I gedacht hätte; die Gewissheit, dass Gajus im ersten Buche nicht vom vindex gehandelt hat, haben wir nicht; ohne sie aber ist Demelius' Argument nicht durchgreifend. Aber damit ist für uns obige Gajusstelle noch nicht abgethan; handelt sie denn wirklich bloss vom vindex der tab. III und nicht etwa auch und vielleicht in erster Linie vom Ladungsvindex? Es fällt nämlich auf, dass, wenn Gajus hier das angeblich in tab. III gehörige und vom vindex bei der actio judicati handelnde frag. I, 4 auslegt, er nicht das Zwölftafelwort assiduus erklärt, sondern das andere, gleichbedeutende locuples, welches aber gar nicht im frag. I, 4 gestanden hat. Wie ist diese Erscheinung zu erklären? Fassen wir die Definition des Gajus: locuples ist, wer pro magnitudine rei vermögend ist[49]), ins Auge, so erinnern wir uns sofort, dass Gajus vom locuples pro rei qualitate auch in L. 5 § 1 D. 2, 8 libro 1 ad edict. prov. spricht, dass sich aber diese Stelle auf den Justinianischen fidejussor in judicio sistendi causa, d. h. auf den classischen Ladungsvindex des praetorischen Edictes[50]) bezieht, und aus

[49]) Beiläufig sei Folgendes bemerkt. Pro rei qualitate heisst im Munde der class. Juristen und wohl auch nach praetor. Edict: nach der Werthsbeschaffenheit des Streitobjectes, wie aus Gajus in L. 234 cit. deutlich hervorgeht. Rei ist also Genitiv von res. Indessen, die Wendung: pro rei qualitate locuples dürfte der sehr alten Definition des Zwölftafelwortes assiduus und der Auslegung der tab. I, 4 angehören, und hier würde ich rei für den Genitiv von reus halten. Nach tab. I, 4 bestimmte sich die Tauglichkeit des vindex nach der qualitas des reus, des von der man. inj. Ergriffenen, dergestalt, dass, war der reus von der Qualität eines assiduus, auch der vindex ein assiduus sein musste, war jener aber Proletarier, jeder Bürger ohne Weiteres tauglicher vindex war.

[50]) Lenel edict. perp. S. 54, 57.

Paulus in L. 1 D. 2, 6 libro 1 ad edict. erfahren wir ferner, dass das praetorische Edict selbst, welches im Album unter der Rubrik: in jus vocati ut eant aut vindicem dent stand, die Worte: pro rei qualitate locuples enthielt. Es ist sonach klar, dass Gajus in der L. 234 § 1 cit. sich vollständig an dieses Edict anlehnt, ja nur dessen Worte wiedergiebt, und dass somit, wenn Gajus wirklich in der genannten Stelle das frag. I, 4 der XII Tafeln interpretirt hat, er dasselbe an sich vornehmlich auf den Ladungsvindex bezogen hat. Freilich die L. 234 cit. geht speciell und ihrem Zusammenhange nach, wenn sie wirklich aus dem zweiten Buche des Zwölftafelcommentars stammt, auf den vindex der tab. III; aber nimmt man sie aus diesem Zusammenhang heraus, und fasst man sie allgemein auf, so passt sie sowohl auf den vindex der tab. III, als auch vorzüglich auf den Ladungsvindex der tab. I, und frag. I, 4 steht demnach ganz an seinem Platze[51]). So bestätigt sich denn Lenels obige Vermuthung, dass schon die erste Tafel eine allgemeine Norm über den vindex enthalten hat, und Gajus hat dementsprechend schon in seinem ersten Buche vom vindex als Ladungsvindex handeln müssen und hat dann im zweiten Buche nochmals den vindex, hier aber als Executionsvindex, berührt und das Erforderniss seiner Locupletät erwähnt. Nun lässt sich auch entfernt vermuthen, warum die Compilatoren die Definition von locuples aus dem zweiten, und nicht aus dem ersten Buche des Gajus entnommen haben; im unmittelbaren Anschluss an die Vorlage der tab. I, 4 wird Gajus im ersten Buche eine Definition des in dieser Bedeutung archaischen Wortes assiduus gegeben haben, und diese war für die Compilatoren unbrauchbar; im zweiten Buche fanden sie eine brauchbarere.

Dazu kommt nun aber noch die L. 22 § 1 D. 2, 4, welche dem ersten Buche des Gajanischen Zwölftafelcommentars angehört und es daher an sich sehr wahrscheinlich macht, dass die XII Tafeln einen Ladungsvindex gekannt haben. Freilich das

[51]) Denn dass das Erforderniss der Locupletät des praetorischen Ladungsvindex wie das ganze Institut im jus civile und somit im Zwölftafelrecht wurzelt, ist klar und wird unten noch berührt werden.

Wort vindex selbst kommt in dieser Stelle nicht vor; aber man ist doch darin einig, dass derjenige, qui vocati personam defendit, den Namen vindex geführt hat. Die Hauptfrage ist nun aber: stellt Gajus in dieser Stelle altes Civil-, d. h. Zwölftafelrecht, wie es nach der inscriptio zu vermuthen wäre, oder neues, zu seiner Zeit giltiges Recht dar? Letzteres nimmt Demelius S. 7 an; er hält vermuthlich den defensor vocati für den Ladungsvindex des praetorischen Edictes und fasst diesen fälschlich[52]) als einen Defensionsbürgen auf. Indem er sodann, unter dieser Voraussetzung gewiss richtig, weiter schliesst, dass ein solcher vindex oder fidejussor zur Zwölftafelzeit unmöglich functionirt haben kann, dass also Institut und Name erst nach der Zwölftafelzeit entstanden sind, schneidet er unserer L. 22 § 1 jede Beweiskraft für das Zwölftafelrecht ab und leugnet daher in Uebereinstimmung mit seiner Meinung über tab. I, 4 und seinen sonstigen Argumenten die Existenz eines Ladungsvindex im Zwölftafelrecht ganz. Im Gegensatz zu ihm sieht Lenel S. 47 ff. mit Recht in dem praetorischen Ladungsvindex einen Nachkommen des civilen und bezieht er auf diesen letzteren unsere Gajusstelle, führt ihn also auf die XII Tafeln zurück. Freilich weist er ihm keine wesentlich andere Rolle zu, als er sie für den praetorischen vindex nachgewiesen hat, und identificirt er ihn jedenfalls nicht mit dem vindex in der Executionsinstanz der tab. III. Wäre dies richtig, so hätten wir für das Recht der XII Tafeln einen zwiefachen vindex, zwar mit demselben Namen, aber mit ganz verschiedener Bestimmung, anzunehmen. Woher aber der gleiche Name für zwei besondere Institute in einem Gesetze, welches doch sonst für auch nur gering nüancirte Begriffe einen besonderen, prägnanten Ausdruck hat[53]) und insofern, wie überhaupt, eine zugleich weise und weisende Oeconomie der Sprache beobachtet. Wem trotzdem die Annahme Lenels nicht misslich erscheint, der könnte für sie noch auf einen

---

[52]) s. Lenel S. 45; edict. perp. S. 54.

[53]) Ich erinnere nochmals an die Ausdrücke heredem esse und familiam habere, legare und testari, welche ich, wie schon einmal bemerkt, nicht für gleichbedeutend halten kann, ferner an capere und manum endojacere der tab. I, an lis und vindicia u. a. m.

ähnlichen äusseren Anhalt hinweisen, wie ihn Demelius und Lenel für die angeblich doppelte Bedeutung der man. inj. gefunden haben: tab. I, 4 spricht vom vindex, tab. III dagegen von demjenigen, welcher endo eo in jure vindicit. Was mir aber ihre Identität noch besonders zu beweisen scheint, ist die von Lenel S. 45 an dritter Stelle angeführte edictale Bestimmung: gegen den in jus vocatus selbst, der, nachdem er einen vindex gegeben, neque potestatem sui faciet neque defendetur, wird dem Kläger missio in bona verheissen (L. 2 D. 42, 4). Wurzelt das ganze praetorische Institut, wie auch Lenel annimmt, im Civilrechte, so zwar, dass sich der Beruf des vindex der Umgestaltung des Rechtes überhaupt entsprechend geändert hat[54]), so werden wir auch jedenfalls für diese Bestimmung des Edictes eine grundlegende und vorbildliche im Civilrecht finden müssen. Der in jus vocatus war durch den Eintritt des vindex zu keiner Zeit und nach keinem Rechtssysteme der Gestellungspflicht enthoben: versprach der vindex nach praetorischem Rechte den vocatus später zu exhibiren, so musste letzterer nach Civilrecht dem Ladenden trotz des Eintrittes des vindex sofort in jus folgen (s. oben N. 46); erst das vindicere in jure hatte nach tab. III, 3 eine bestimmte Wirkung auf die Rechtsverfolgung gegen den vocatus. Von einem späteren potestatem sui non facere des vocatus kann daher nach Civilrecht keine Rede sein, wohl aber — hierin trifft das Civilrecht wieder mit dem praetorischen Edicte zusammen — vom non defendi, wenn nämlich für den vocatus überhaupt kein vindex aufgetreten war, oder aber, was den Voraussetzungen des praetorischen Edictes näher kommt, wenn zwar aussergerichtlich für den vocatus ein vindex aufgetreten war, dieser aber nachher vom endo eo in jure vindicere Abstand genommen und auch sonst kein anderer vindex die defensio in jure übernommen hatte. Lässt sich so ein Zusammenhang zwischen Civilrecht und praetorischem Edicte in Ansehung des Thatbestandes nachweisen, so dürfte auch ein solcher für die Folgewirkung des indefensum esse nach beiden

[54]) Das Erforderniss der Locupletät z. B. geht gewiss auf die XII Tafeln zurück; die Haftung des vindex freilich war eine andere geworden.

Rechtssystemen anzunehmen sein. Nach praetorischem Edicte war es die missio in bona, also die Realexecution; nach den XII Tafeln muss es daher, da diese die missio in bona als Form der Execution noch nicht kannten, die Personalexecution, d. h. die legis actio per man. inj. gewesen sein. So wird denn der Zusammenhang zwischen obiger edictalen Bestimmung und der tab. I der XII Tafeln klar; es war natürlich, dass das Edict an Stelle der alten Personalexecution die durch die lex Poetelia bereits in das Civilrecht eingeführte Realexecution verhängte. Damit glaube ich den verheissenen selbständigen Beweis für die legis-actio-Natur der man. inj. bei der in jus vocatio und die Existenz des Ladungsvindex nach tab. I der XII Tafeln geführt zu haben.

Nach dieser Abschweifung kehre ich wieder zur Darstellung des Verhältnisses der in jus vocatio zur manus depulsio der lex Vallia zurück. Ich sagte oben, dass es mir wahrscheinlich ist, dass die tab. I die in jus vocatio auch für die rei vindicatio vorschrieb; noch mehr aber passt sie zu unserer legis actio per man. inj. gegen den Nexumschuldner. In der man. inj. pro judicato gegen den ungehorsamen in jus vocirten Nexumschuldner nach tab. I, 1 erkennen wir das alte Recht des nexum wieder, welches jetzt einem milderen gewichen war. Wir werden sogleich sehen, wie sehr die in jus vocatio der Möglichkeit einer confessio in jure entspricht. Nach dem Rechte der lex Vallia hatte die man. depulsio keinen Sinn, wenn der Ergriffene von Anfang an confitiren wollte oder musste. Eben darin, dass er auf man. depulsio verzichtete, läge schon eine confessio, ohne dass es allerdings eine wirkliche confessio wäre; denn diese ist eben nur von Seiten einer Processpartei möglich, der Ergriffene war aber als ein in servitutem vindicatus Processobject. Wenn nun tab. III, 1 ganz allgemein die Möglichkeit einer confessio in jure voraussetzt, so muss der Geladene von Anfang an, also auch ohne eigentliche man. depulsio, Processpartei gewesen sein. Demnach kann auch die legis actio per man. inj. keine vindicatio in servitutem mehr gewesen und nicht mehr dahin geförmelt gewesen sein: hunc ego hominem ex jure Quir. meum esse ajo; denn dies Alles schliesst gerade die Stellung des Beklagten als Processpartei aus und macht zur Erlangung derselben die

man. depulsio nöthig. Natürlich, wie eine aussergerichtliche man. inj. dieser Art nicht mehr stattfand, seit die in jus vocatio recipirt war, immer den Gehorsam des Geladenen vorausgesetzt, so war auch die gerichtliche alte man. inj. abgekommen. Und da passt denn auf das neue Verfahren nur eine solche Formel, wie sie Gajus IV, 21 verbunden mit 24 angiebt, wonach sie mit einer demonstratio beginnt und mit den Worten: ob eam rem tibi manum inicio endet. Die legis actio per man. inj. in dieser ihrer jüngsten Gestalt ist daher keine solche der Sache, sondern nur dem Namen und dem Aeusseren nach insofern, als der Act des Handauflegens beibehalten war; aber dieser war nicht mehr der Act der Besitzergreifung am Processobject, sondern eine rein bedeutungslose, leere Formalität. Und ebenso nichtssagend waren auch die Worte: manum tibi inicio in der neuen Formel. Wie der Beklagte sich dieser legis actio gegenüber verhielt, hat Gajus vergessen uns zu überliefern; indessen lässt sich annehmen, dass in ähnlicher Weise, wie die man. inj., auch die man. depulsio umgeändert worden war. Da der Beklagte von Anfang an Processpartei war, so wird der Praetor an ihn die processleitende Frage gerichtet haben: anne tu manum depellas[55]). Wollte er nun confitiren, so schwieg er entweder, oder er confitirte ausdrücklich, etwa indem er sagte: confiteor, oder: nolo u. dergl.[56]) Wollte er aber die Sache zum Rechtsstreite kommen lassen, so antwortete er: manum depello, wobei er die Hand des Klägers von seinem Leibe entfernte, möglich dass auch diesen Worten noch eine ähnliche, nur negativ gefasste demonstratio vorausging, wie in der Formel des Klägers; hierauf folgte wie sonst die prov. sacr. Wir sehen also, dass auch die man. depulsio ihre alte, eigentliche Bedeutung verloren hatte; sie war nicht mehr eine contravindicatio in libertatem und machte auch nicht mehr

---

[55]) In ähnlicher Weise kommt auch eine processleitende Frage bei der in jure cessio (s. oben S. 216 N. 19) vor. Uebrigens wird dieselbe Frage: anne tu contra vindices auch bei der vindicatio rei im Allgemeinen üblich geworden sein, seitdem auch diese mit einer in jus vocatio eingeleitet ward, es also von Anfang an einen Beklagten gab.

[56]) Es gilt hier dasselbe wie bei der in jure cessio, bei welcher der Cedent nach Gajus II, 24 entweder negat oder tacet.

den Depellenten processfähig, wie ja schon die Möglichkeit der confessio ohne jedwede man. depulsio ergiebt. So weisen denn die XII Tafeln in der That bereits eine Weiterbildung des ehedem durch die lex Vallia gesetzten Rechtes auf. Von der alten man. inj. wie man. depulsio sind nur als Formen ohne Inhalt der Name und der gestus beibehalten worden, und zwar auch nur aus historischen Rücksichten und zufolge der eigenthümlichen Art, wie die Römer das starre jus civile weiterausbildeten, bez. änderten, corrigirten. Der Praetor, der die Neuerung der in jus vocatio und des dadurch bedingten Verfahrens vermittelte, täuschte sich selbst und Andere über die fundamentale Umgestaltung, über das völlige Verlassen des alten Rechtes der man. inj. wie der man. depulsio dadurch hinweg, dass er den Kläger und den Beklagten ausdrücklich die Worte: manum inicio und manum depello, welche nie und nimmer in der alten Formel standen, sagen und eine entsprechende Handbewegung machen liess; wer wollte da noch leugnen, dass die Klage eine legis actio per man. inj. war, wenn der Kläger selbst sie ausdrücklich als eine solche characterisirte?

Neben dieser neuen Art der legis actio per man. inj. war die alte man. inj. noch stehen geblieben als man. inj. judicati oder pro judicato, d. h. letztere war nur dann statthaft, wenn der klägerische Anspruch auf Grund der sententia judicii (res judicata) oder der confessio in jure feststeht. Die actio judicati war besonders von der lex Vallia ausgenommen worden, und diese Ausnahme hatte tab. III ausdrücklich bestätigt; daneben hatte sie als eine neue Ausnahme die man. inj. pro judicato (auf Grund der confessio) gestellt. Doch hatte das alte Manusinjectionsverfahren einige Aenderungen durch die XII Tafeln erlitten. Zunächst giebt tab. III, 1 dem judicatus bez. confessus eine dreissigtägige Gnadenfrist, während welcher er sich durch Zahlung vom Gläubiger, sei es aus eigenen Mitteln, sei es durch einen vindex-depensor, lösen konnte; erst nach Ablauf dieser Frist durfte der Gläubiger zur Personalexecution schreiten, welche genau so wie früher, also durch aussergerichtliche man. inj., und nicht etwa auch wieder durch in jus vocatio, eingeleitet ward: tab. III, 2 bestätigt dies ausdrücklich, indem sie dem Gläubiger zuerst die man. inj. und

darnach und auf Grund derselben die in jus ductio vorschreibt. Der Schuldner gilt also in der Executionsinstanz durchaus als Processobject, weshalb er ja auch nicht pro se agere kann. In jure wiederholt sich darnach die man. inj., wenn auch tab. III über sie mit Stillschweigen hinweggeht, falls nicht etwa das betreffende Gesetz verloren gegangen ist, und wie jede vindicatio, so endet auch die vindicatio in servitutem mit der addictio. Nur haben hier wieder die XII Tafeln in tab. III insofern ein milderes Recht eingeführt, als auf die gerichtliche man. inj., vorausgesetzt, dass sich kein vindex stellte, nicht sofort die addictio erlassen ward, sondern dass dem Schuldner noch eine zweite, hier aber sechzigtägige Gnadenfrist zu demselben Zwecke, wie die erste, bewilligt war[57]). Während derselben sollte es dem Gläubiger gestattet sein, den Schuldner in Haft zu nehmen und zu behalten, und sollte er ihn dreimal, an drei Markttagen[58]), vor den Praetor bringen, damit er daselbst unter öffentlicher Verkündigung seiner Schuldsumme ausgestellt werde, um dadurch Jemanden seiner Mitbürger zur Auslösung, bez. zur depensio zu bewegen. Erst hiernach addicirte der Praetor ihn dem Gläubiger als Sklaven, demzufolge dieser über ihn wie über einen Sklaven überhaupt hätte verfügen können, wenn nicht die XII Tafeln selbst eine erst im § 17 zu erörternde Beschränkung auferlegt hätten. Jene Haft des Schuldners aber, die sog. Schuldhaft, liess seine libertas ex jure Quir. unberührt.

Werfen wir noch einmal einen Blick auf die Entwicklung der man. inj. auf Grund eines nexum im Ganzen bis zu den XII Tafeln, so haben wir vier Hauptstufen derselben zu unterscheiden:

1. Die älteste man. inj. war Rechtsgeschäft, und zwar

---

[57]) so richtig Voigt XII Tafeln I § 63. Iherings Meinung (Geist I § 11 c. S. 152), dass die man. inj. weder den jussus domum ducendi noch die addictio zur Folge habe, darf als aufgegeben gelten; aber auch die herrschende Meinung, welche die addictio nicht an das Ende des ganzen Verfahrens legt, sondern mit dem jussus domum ducendi verbindet, ist nicht haltbar.

[58]) Wegen der Markttage vgl. das oben S. 151 ff. über den Zweck der Oeffentlichkeit der in jure cessio Gesagte.

die eine Seite eines Tausch- oder Kaufgeschäftes, inhaltlich dessen der eine Theil aes certum, der andere Theil den Gelderwerber selbst Zug um Zug in sein Eigenthum erwarb.

2. Von der zweiten Stufe an wird die man. inj. rechtsverfolgend: der Gelddarleiher vindicirte den nexus nach Ablauf der gewöhnlich sechsmonatlichen Auslösungsfrist in servitutem; als Vindicationsobject war der nexus selbst nicht fähig pro se lege agere, vielmehr musste ihn ein vindex in libertatem contravindiciren. Nach späterem Sprachgebrauche hätten wir die man. inj. dieser Stufe als eine judicati oder pro judicato zu bezeichnen.

3. Die lex Vallia führte die man. inj. pura ein, d. h. sie gab dem nexus das Recht der man. depulsio, welche ihn befähigte, den Rechtsstreit selbst geradeso, wie es vorher der vindex gethan hatte, zu führen[59].

---

[59]) Ich will zum Schluss noch beiläufig einer ziemlich gewagten Vermuthung Huschkes Erwähnung thun, weil sie möglicher Weise einen richtigen Kern enthält und über Alter und Namen der lex Vallia, wie man sie seit Studemunds Lesung jetzt allgemein nennt, Aufschluss geben könnte. Huschke (Servius Tullius S. 584, 586, 593 und Nexum S. 113 N. 142) ist der Ansicht, dass die schon für die Königszeit in dem einen vielbesprochenen Falle der perduellio des Horatius (unter Tullus Hostilius) bezeugte und nachher durch die lex Valeria Poplicolae sanctionirte provocatio ad populum eine solche sacramento gewesen und nicht nur im Criminalprocess, auf welchen man sie gewöhnlich beschränkt, sondern auch im Civilprocess möglich gewesen sei. Diese Ansicht stützt Huschke allerdings nur auf Dionys VI, 58, welcher zwar die prov. ad populum auch auf den Civilprocess bezieht, aber kein gerade glaubhafter Gewährsmann ist. Nun kommt aber hinzu, dass zwei Stellen von Cicero (de rep. I, 40 und namentlich II, 31) den Dionysischen Bericht zu bekräftigen scheinen. Darnach lässt sich denn die Möglichkeit, dass die prov. auch im Civilprocesse ehedem statthaft gewesen sei, nicht ganz ableugnen. Voigt (XII Tafeln II § 178 N. 14) erklärt die Statthaftigkeit der prov. im Civilprocesse damit, dass gewisse actiones zu einer verberatio führten, und dass die lex Valeria allgemein gegen die Geisselung eines Bürgers die prov. zuliess. Indessen erwägt man, dass die man. inj. einen Bürger zum Sklaven eines Andern machte und ihn somit dessen Willkür vollständig überlieferte, dass daher der Process gegen einen nexus immer eine Capitalsache war, so wird es wahrscheinlich, dass die prov. im Civilprocesse nicht auf so vereinzelte und unbedeutende Fälle beschränkt war, wie Voigt will, sondern dass sie allgemein bei der man. inj. gegen einen Bürger freigegeben war. Wenn ich dies aber auch für richtig halte,

4. Die XII Tafeln lassen die eigentliche man. depulsio fallen, indem sie an Stelle der aussergerichtlichen man. inj. die in jus vocatio setzen: Darnach erscheint der Geladene von Anfang an als Processpartei, als welche er in jure sowohl confitiren, als auch in den Rechtsstreit eintreten konnte. Damit hört die man. inj. pura auf, materiell-rechtlich eine vindicatio in servitutem zu sein; sie ist eine Processform für die Feststellungsklage, ob der Beklagte dem Kläger aes certum schuldet. Die alte man. inj. findet als judicati oder pro judicato erst auf Grund der sententia judicii oder der confessio statt.

Die addictio beweist aber, dass die legis actio per man. inj. überhaupt noch im Zwölftafelrechte ihren ursprünglichen Character als dingliche Klage bewahrt hatte, wenn dieser auch gerade nicht im Einleitungsverfahren in jure, d. h. in der legis actio per man. inj. puram scharf hervortritt. Trennen wir das

---

so bin ich doch weit entfernt, mich im Uebrigen der Ansicht von Huschke anzuschliessen. So wenig wir auch von der strafprocessualen prov. ad populum im Ganzen wissen, so scheint doch soviel gewiss zu sein, dass sie mit der etwaigen civilprocessualen zwar den Grund und die Idee, nicht aber auch das äussere Verfahren gemeinsam gehabt haben könne; denn das ist Huschke nicht zu glauben, dass die erstere eine prov. sacr. und die letztere eine prov. an die Centuriatcomitien, dass beide also vollständig gleiche Proceduren gewesen seien. Ich kann mir das Sachverhältniss nur so denken. Valerius, der ja eine ganze Reihe von Gesetzen durchgesetzt hatte und behufs Einrichtung der republicanischen Verfassung durchgesetzt haben muss, hatte ausser dem bekannten strafprocessualen Provocationsgesetze noch ein auf demselben Grunde beruhendes besonderes Gesetz über die civilprocessuale prov. veranlasst. Diese prov. war keine andere, als die uns ganz geläufige prov. sacr., welche die Sache, nicht wie im Strafprocesse an die Centuriatcomitien, sondern an das für Eidessachen staatsrechtlich competente priesterliche Gericht (auch ad populum im gewissen Sinne) brachte. Das heisst aber, dass der von der man. inj. ergriffene nexus zur prov. sacr. und mithin zum pro se lege agere und, da dieses man. depulsio voraussetzt, zu dieser befähigt ward, und da das die man. depulsio einführende Gesetz die sog. lex Vallia war, diese überdies auch vor den XII Tafeln lag, so würde sich nach dem Gesagten schliesslich doch ergeben, dass die lex Vallia in Wirklichkeit eine lex Valeria, wie Huschke früher gelesen hatte, und zwar Poplicolae, gewesen war. Zu diesem Resultate würde ich gelangen, wenn jene obigen Voraussetzungen begründet wären; als ganz sicher lässt es sich nach dem jeweiligen Stande der Quellen nicht hinstellen.

Einleitungsverfahren in jure von der sog. Execution, d. h. der man. inj. judicati oder pro judicato als dem Schlussverfahren in jure, sehen wir in beiden zwei besondere Proceduren, wie es gemeinhin geschieht, obwohl beide eigentlich nur Theile eines und desselben Processes, nämlich des Manusinjectionsprocesses, sind, so hat freilich nur das sog. Executionsverfahren, die actio judicati, die Natur einer rein dinglichen Klage, dagegen der erste Theil, die man. inj. pura, wäre eher der persönlichen Klage vergleichbar. Denn in jus vocatio, eigene Processfähigkeit und namentlich die Thatsache, dass sich der Process um die Frage dreht, ob Beklagter dem Kläger, wie dieser in der demonstratio behauptet, die bestimmte Geldsumme schulde, sprechen deutlich dafür. Hiermit war denn auch der legis actio per man. inj. puram der Weg geebnet, auch die spätere persönliche Klage in sich aufzunehmen, ganz gegen ihre Anlage und Natur. Wenn Gajus IV, 13 von der legis actio sacr. sagt, dass sie generalis, d. h. eine für dingliche wie persönliche Klagen geeignete Processform war, so ist dies u. A. auch insofern richtig, als zunächst auch die legis actio per man. inj. puram eine actio generalis wurde und an diese sich naturgemäss die legis actio sacr. anschloss. Die in dieser Weise der legis actio per man. inj. überwiesenen persönlichen Klagen dürfen wir für die ältesten civilen halten, falls nicht etwa noch in später Zeit für eine nach Analogie einer älteren civilen Klage eingeführte neue Klage um dieser Analogie willen die legis actio per man. inj. als Processform festgesetzt worden war; wir dürfen sie in der Regel für die ältesten halten, weil ihre gerichtliche Durchführung von Anfang an sich noch im Rahmen des Legisactionsprocesses hielt, während die auf dare oportere intendirenden Klagen, zu denen namentlich die Condictionen gehören, sozusagen recuperatorisch beginnen und erst in einem gewissen Stadium, insonderheit erst mit der legis actio per cond., in den alten Legisactionsprocess auslaufen, wie noch in diesem Paragraphen gezeigt werden wird.

Das Ende der Entwicklung der legis actio per man. inj. puram war demnach dies, dass sie vollständig die Processform für wahre obligatorische Klagen ward, demzufolge sie auch nicht mehr mit der addictio, welche hier ganz in Wegfall

kam, sondern mit einer condemnatio pecuniaria, bez. absolutio schloss. Zwar die Klage aus dem nexum, mit der wir uns hier vornehmlich beschäftigt haben, hatte diese letzte Entwicklung der legis actio per man. inj. nicht mehr erfahren, weil das nexum schon vorher durch andere Creditgeschäfte verdrängt worden war; aber für die andern Fälle dieser legis actio, welche Gajus IV, 22 und 23 nennt, ist uns der angegebene Abschluss der Entwicklung bezeugt. Denn nach Gajus III, 127 sponsores ex lege Publilia habent actionem in duplum, quae appellatur depensi, nach Ulpian I, 2 hat die lex Furia testamentaria eine quadrupli poena festgesetzt, was allerdings dahin zu berichtigen ist, dass die Klage aus dieser lex in späterer Zeit auf das quadruplum gerichtet ward, und endlich gab die spätere Zeit auch aus der lex Marcia nach Cato r. r. 1 eine Klage auf das quadruplum.

Wie sich diese ganze Entwicklung vollzog, ist hier nicht der Ort zu untersuchen; jenes Ergebniss steht fest, und es ist nur noch zu erwähnen, dass wir dasselbe Ergebniss auch bei den Delictsklagen, welche unter die legis actio per man. inj. fielen, constatiren können, wie der § 16 ergeben wird. Es kam mir nur darauf an, zu beweisen, dass das ältere Recht eine wahre Contractsobligation nicht kannte. Wie zutreffend dies ist, dafür haben wir einen zweiten Beweis hauptsächlich noch[60]) in der legis actio per pignoris capionem, wenigstens soweit dieselbe aus dem Verkaufe einer hostia oder der Vermiethung eines Zugthieres in dem bestimmten Falle zuständig ist; denn dies sind die beiden einzigen der bezeugten Fälle, in denen von einer Contractsobligation gesprochen werden könnte. In den übrigen Fällen läge eine Zustandsobligation vor; doch zeigen auch diese Fälle, dass man sich noch nicht zur Erfassung eines wahren Obligationsverhältnisses emporgeschwungen hatte. Obgleich die Nachrichten über die legis actio per pig. cap. ziemlich spärliche sind, so lässt sich doch bei richtiger Verwendung aller Hilfsmittel nicht bloss ihr Wesen erkennen, sondern auch eine Geschichte derselben geben.

---

[60]) Auch die älteste Form des legatum, das per vindicationem, erklärt sich nur aus der Nichtexistenz der Obligation; vgl. dazu das oben S. 133 in N. 16 Gesagte.

Wahrscheinlich wurzelt die pig. cap. im öffentlichen Rechte; denn für die ältesten der von Gajus IV, 26 ff. angeführten Fälle dürften nicht die durch die XII Tafeln eingeführten bez. bestätigten beiden Fälle anzusehen sein, in denen wir eine Contractsobligation annehmen würden, und die rein privatrechtlicher Natur sind, sondern die ersten drei von Gajus genannten betreffs des aes militare, equestre und hordearium, alles Fälle, welche dem öffentlichen Rechte angehören, und zwar halte ich sie schon deswegen für die ältesten, weil Gajus keine andere Quelle für sie anzugeben weiss, als die mores. Als längst eingebürgert und festgewurzelt bedurften sie keiner Bestätigung durch die XII Tafeln. Lässt sich hieraus schliessen, dass Gajus die einzelnen Fälle der pig. cap. in chronologisch richtiger Reihenfolge aufzählt, so werden wir als den jüngsten Fall den von Gajus zuletzt genannten der pig. cap. der Publicanen aus der lex censoria anzunehmen haben, was auch an sich glaubhaft ist. Gehen wir also von den Fällen des aes militare i. w. S. aus, so entspringt die Verpflichtung zur Zahlung desselben und die ihr entsprechende Forderung des Privaten aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse. Berechtigt das aes zu fordern war der Soldat in dieser seiner Eigenschaft; verpflichtet hätte streng genommen der Staat selbst sein müssen, auch wenn er, sei es einem Beamten, dem tribunus aerarius, sei es einer bestimmten Klasse von Staatsbürgern die Auszahlung auferlegt hatte. Ward die Zahlung nicht freiwillig geleistet, so wäre es Sache des Staates bez. seiner Organe gewesen, das Geld einzutreiben und es dem Soldaten einzuhändigen. Doch hatte man den directen Weg gewählt, dass der Berechtigte selbst das Geld von der bestimmten verpflichteten Person einziehen musste, so dass dadurch die ganze Sache dem Privatrechte zugewiesen ward. Dieses Recht halte ich nun nicht für das ursprüngliche; was nach meiner Angabe streng genommen hätte Rechtens sein müssen, war es auch in ältester Zeit vermuthlich. Wir kennen nämlich eine pig. cap., welche ganz und gar dem öffentlichen Rechte angehörte; von dieser haben wir auszugehen. Sie diente als ein Zwangsmittel des Magistrates, einen in seinen öffentlichen Pflichten Säumigen zur Erfüllung derselben anzuhalten, und war in Wahrheit eine Strafe für die Säumniss selbst, entsprechend der multae dictio.

Als Fälle dieser pig. cap. wegen Verletzung öffentlicher Pflichten sind uns überliefert: das Nichterscheinen von Senatoren in Senatssitzungen und der Ungehorsam gegen Befehle der Magistrate, der Consuln, der Censoren, der Oberpriester u. s. w., mag nun dieser Befehl an einen Beamten ergangen sein, z. B. Rom nicht zu verlassen, oder an Private, z. B. gewisse ihnen vom Censor auferlegte Leistungen zu machen oder Arbeiten auszuführen[61]). Es waren also öffentliche Verpflichtungen aller Art, deren Nichterfüllung die pig. cap. nach sich ziehen konnte. Dass diese magistratische pig. cap., welche wohl durch Unterbeamte, z. B. die Lictoren, ausgeführt wurde, uralt ist, darüber besteht kein Zweifel; dass sie eine legis actio war, will ich zwar nicht behaupten, weil wir darunter einen privaten Rechtsact verstehen; aber das behaupte ich, dass sich aus ihr die privatrechtliche legis actio per pig. cap. entwickelt hat, und zwar zunächst in dem ältesten Falle des aes militare. Dieses aes zu bezahlen, war ebenso eine öffentlich-rechtliche Pflicht, wie z. B. für die Senatoren die Pflicht, an den Senatssitzungen theilzunehmen, oder für jeden einzelnen Bürger die Pflicht, einem an ihn ergangenen magistratischen Befehl nachzukommen; ja, wenn es wahr ist, und soweit es wahr ist, dass eine Attribution der einzelnen Steuerpflichtigen an die einzelnen Soldaten stattfand[62]), so konnte dies nur mittels eines obrigkeitlichen Zahlungsbefehles geschehen. Diesem nachzukommen, konnte also gewiss der Verpflichtete ebenso durch die magistratische pig. cap. gezwungen werden, wie wenn ihm eine andere Leistung von der Obrigkeit auferlegt worden wäre. Die pig. capio befreite mithin den Gepfändeten von seiner Verpflichtung an sich nicht. Später hielt man es aber für zweckmässiger, das eigentlich magistratische Recht der pig. cap. auf den forderungsberechtigten Soldaten selbst zu übertragen auf den Fall, dass der Verpflichtete nicht gutwillig zahlte; man ertheilte ihm gleichsam

---

[61]) s. die Belege bei Puchta Inst. I § 79 N. u., wozu noch Gellius XIV, 7, 10 zu stellen ist.

[62]) s. darüber Karlowa Röm. Civilpr. S. 208 ff. und Voigt XII Tafeln I § 58 N. 11.

ein mandatum agendi in rem suam, ermächtigte ihn bei der Attribution im Voraus zu der pig. capio, welche eigentlich dem Magistrate zustand, mit der Massgabe, sich mittels derselben für seine Forderung bezahlt zu machen. Es war dies eine Vereinfachung des Verfahrens, welche zur Folge hatte, dass die pig. cap. aus einem Acte des Magistrates auch ein Privatact wurde, dass sie als solcher nicht ein Zwangs- oder Strafmittel mehr war, sondern eine Rechtsverfolgung und Rechtsvollstreckung, und dass sie in dieser Eigenschaft eine legis actio wurde. Und zwar bezweckte sie, dem Pfänder ohne Weiteres das Eigenthum am pignus zu verschaffen. Auch dies beruhte auf der Natur der magistratischen pig. cap. Wie die multa dicta, so ging auch das pignus captum in das Eigenthum des Staates über; beide dürften sich darin unterscheiden, dass die multae dictio auf aes ging, daher multa die Bedeutung einer Strafsumme gewann, die pig. cap. dagegen auf andere Objecte, und zwar, da das Vermögen in ältester Zeit hauptsächlich in Vieh bestand, auf Vieh ging; wenigstens scheint mir Dernburg[63]) mit Recht hieraus den althergebrachten Ausdruck pignus caedere zu erklären: das vom Staate gepfändete Vieh ward zu Opfern benutzt und daher getödtet; doch konnte natürlich der Staat als Eigenthümer auch anders darüber verfügen und es z. B. verkaufen, wofür dann auch der Ausdruck pignus caedere beibehalten ward. Auch der Name pignoris capio deutet den Eigenthumsübergang der gepfändeten Sache auf den Pfänder an. Capere heisst technisch Eigenthum erwerben, und zwar durch Besitzergreifung; das alte Eigenthum ist Besitzeigenthum, der Besitzer also zugleich Eigenthümer. Ein Einlösungsrecht hatte der vom Magistrat Gepfändete jedenfalls nicht; war doch die pig. cap. wie die multae dictio ein Strafmittel; das Einlösungsrecht entwickelte sich m. E. erst und nur für die private pig. cap., worauf ich noch eingehen werde. Aber keinesfalls steht das Einlösungsrecht mit dem Eigenthumserwerb am pignus im Widerspruch, was auch schon Dernburg bemerkt hat; der beste Beweis dafür ist die fiducia cum creditore, welche ebenfalls noch auf

---

63) Pfandrecht I, 48 N. 18.

dem Besitzeigenthum beruht. Aus dem Namen pignus sodann hat man den Nichtübergang des Eigenthumes schliessen wollen, weil man von der uns geläufigen Bedeutung des späteren Rechtes ausging, nach welcher das pignus nicht im Eigenthume, sondern nur im Besitze des Pfandgläubigers steht. Aber diese Bedeutung war nicht die ursprüngliche; sie kann es nicht zu der Zeit gewesen sein, als das Eigenthum noch völlig im Besitze aufging. Die capirte, gepfändete Sache ging mit dem Augenblick der Besitzergreifung in das Eigenthum des Pfänders über; pignus heisst sie also nicht im Hinblick auf ihr späteres Verhältniss zum Capienten, sondern im Hinblick auf ihr gegenwärtiges Verhältniss zu diesem, welches eben in der capio zum Ausdruck kommt; nicht mit Rücksicht auf den Zweck, sondern den Grund der capio. Das Wort pignus bezeichnet keinen dauernden, sondern einen augenblicklichen Zustand der Sache. Einen Schluss aus dem Namen pig. cap. auf das Rechtsverhältniss des pignus zum Pfänder darf man ebensowenig ziehen, wie z. B. aus der litis addictio den Schluss, dass die zugesprochene Sache in den Händen des Siegers eine lis wäre. Liegt in dem Worte pignus seiner Etymologie nach der Sinn des Festmachens, so ist mit ihm nur gesagt, dass die pig. cap. von Hause aus nicht auf eine bestimmte Sache des zu Pfändenden sich richtet, sondern auf eine beliebige, wenn man will: auf alle Sachen desselben, und dass erst durch die Ergreifung, die capio, einer bestimmten Sache das (nudum) jus auf Pfändung verwirklicht wird, dieses jus einen concreten Gegenstand erhält; auf diesen concentrirt es sich, durch seine Ergreifung wird es fest gemacht. Von der Pfändung können alle Sachen des zu Pfändenden ergriffen werden, aber diese Möglichkeit macht keine einzige Sache schon zum pignus; dazu gehört eben noch die capio, die Concentration des Pfändungsrechtes, ähnlich wie man von einer solchen auch bei der Alternativobligation spricht, von welcher es sich ebenfalls nicht sagen lässt, dass gerade der eine der mehreren Gegenstände, welche in obligatione sunt, geschuldet wird. Wenn Dernburg schliesslich noch hervorhebt, dass die legis actio (per pig. cap.) Rechte geben musste, so komme ich hierauf weiter unten zurück.

Eine ähnliche Entwicklung, wie sie die magistratische

pig. cap. auf Grund der Verpflichtung zur Zahlung des aes militare durchgemacht hat, lässt sich für alle Fälle der privaten legis actio per pig. cap. nicht nachweisen, ja auch nicht denken, nämlich nicht für die beiden Fälle (einer Contractsobligation), welche Gajus auf die XII Tafeln zurückführt. Es ist ja auch erklärlich, dass, nachdem einmal eine private pig. cap. möglich geworden war, man diese auch da für zulässig erklärte, wo öffentliche Interessen, zu denen ja auch die religiösen gehörten, mitsprechen. Aber der jüngste Fall der legis actio per pig. cap., der der Publicanen, bietet uns das Bild einer gleichen Entwicklung. Die öffentlichen Abgaben einzuziehen war Sache der Censoren; auch sie hatten im Falle des Ungehorsams, welcher sich in der Nichtleistung der Abgaben zu erkennen gab, das Recht der pig. cap., um dadurch auf den Verpflichteten einen indirecten Zwang zur Erfüllung ihrer Staatsbürgerpflicht u. dergl. auszuüben; einen Fall der censorischen pig. cap. zur Erzwingung öffentlicher Leistungen und gleichzeitig als Ungehorsamsstrafe hat uns Livius 43, 16 bewahrt. Als man nun anfing, die Einziehung der Abgaben in rem suam an Pächter zu vergeben, da musste den Publicanen zugleich ein Mittel gegeben werden, ohne Intervention des Censors die Einziehung zu erzwingen, bez. sich eigenmächtig aus dem Vermögen der Zahlung verweigernden Abgabepflichtigen zu befriedigen. Man wählte hier wie in dem obigen Falle den Weg, dass der Censor sein Recht zur pig. cap. auf die Publicanen übertrug, so zwar, dass die pig. cap. in der Hand des Privaten nicht als Straf- oder Zwangsmittel diente, sondern als Rechtsverfolgung, demgemäss das pignus captum an die Stelle der zu leistenden Abgabe trat. Diese Befugniss ward den Publicanen nach Gajus IV, 28 durch eine lex censoria eingeräumt, d. h. durch eine Nebenabrede des Pachtvertrages; doch ist es für unsere Frage gleichgiltig, ob wir unter der lex einen wirklichen Volksschluss, wie Manche wollen, zu verstehen haben.

Diese Entwicklung der legis actio per pig. cap. aus der magistratischen pig. cap. giebt uns den Schlüssel zur Erkenntniss des sonst dunklen Wesens der ersteren. Sie setzt voraus, dass zur Zeit ihrer Entstehung das Recht eine wahre Obligation nicht kannte, obwohl in allen ihren Fällen nach unsern

Begriffen ein Obligationsverhältniss vorlag. Andernfalls wäre nicht einzusehen, warum man dem Gläubiger nicht eine obligatorische Klage gegeben hätte, mittels welcher er zu dem Schuldobjecte selbst gelangen konnte, wie es später der Praetor zweifellos gethan hätte, warum man den Gläubiger auf ein Verfahren wies, welches ihm ein aliud pro alio einbrachte. Es fehlte eben vollständig an einem Rechtsmittel, durch welches man den Schuldner zum dare facere direct zwingen konnte, sowohl im Privat-, als auch im öffentlichen Rechte. So blieb denn überall nichts Anderes übrig, als zum dinglichen Rechtsmittel zu greifen; dies war im Privatrechte die vindicatio in der Form der legis actio per man. inj. Diese legis actio war das einzige bekannte Rechtsmittel, und für eine solche halte ich unbedingt unsere pig. cap. Und zwar war sie eine man. inj. nicht reo, sondern rei, d. h. nicht eine vindicatio in servitutem, sondern eine rei vindicatio. Freilich eine rei vindicatio von ganz besonderer Art, eine ganz neue Anwendung der vindicatio, welche wir schwerlich anders erklären könnten, als aus ihrem Vorbilde, der magistratischen pig. cap. Wäre das Klagrecht in den Fällen der legis actio per pig. cap. nicht auf eine Ueberweisung der magistratischen pig. cap., sei es nun durch Gesetz, sei es durch obrigkeitliche Anordnung in jedem einzelnen Falle (lex censoria, vielleicht auch consularis) zurückzuführen, hätten andere Factoren ein Klagrecht ins Leben gerufen, so würden wir nur die vindicatio in servitutem erwarten dürfen; denn dies war die Klage aus dem ebenfalls obligationsähnlichen Verhältnisse des nexum, und an das nexum hätte die neue Rechtsbildung anknüpfen müssen. So aber war ein anderer Anknüpfungspunkt von selbst gegeben; man brauchte nicht von dem Grundsatze abzugehen, dass eine man. inj. reo nur aus einem per aes et libram gestum, d. i. eben dem nexum erwachsen könne, und es erklärt sich nur so, dass wir für verschiedene Forderungsrechte verschiedene (dingliche) Klagen haben. Die Besonderheit der rei vindicatio in unserem Falle ergiebt sich aus dem schon oben Gesagten. Während gewöhnlich der Vindicant diejenige bestimmte Sache vindicirt, auf welche allein er ein jus nudum zu haben vermeint, hat der Capient kein solches jus nudum auf eine von Vornherein bestimmte und keine andere Sache; er hat die Wahl, auf welche

Sache er sein nudum jus concentriren will. Die causa, das ihm gesetzlich oder sonstwie gewährleistete Pfändungsrecht wegen Nichtzahlung des aes militare oder der öffentlichen Abgabe, war also die Besonderheit der vindicatio, und diese causa, welche ihren Ursprung in dem magistratischen Zwangsmittel der pig. cap. hat, gab ihr den eigenen Namen der legis actio per pig. cap. an Stelle des allgemeinen der legis actio per man. inj., unter welche auch sie fällt. Darnach ist pignus die aus dieser besonderen causa vindicirte und damit ins (Besitz-) Eigenthum erworbene Sache.

Hiernach nehme ich an, dass der Pfänder durch die pig. cap. Eigenthümer des pignus ward, und zwar endgiltig, ganz nach Analogie der magistratischen pig. cap., welche wiederum auf einer Linie mit der multae dictio steht. Dieses Recht mag noch das der XII Tafeln gewesen sein; wenigstens glaube ich es für das alte foedus Latinum annehmen zu dürfen, indem ich die Festusstelle s. v. nancitor mit Bruns auf die legis actio per pig. cap. beziehe, wo es heisst: si quid pignoris nanciscitur (für nancitor oder nanxitor), sibi habeto. Das sibi habere bedeutet: Eigenthum haben, gerade so wie in der andern Bestimmung desselben foedus: pecuniam quis nancitor, habeto, womit auch das familiam habeto der tab. V, 4 und 5 zu vergleichen ist, sowie auch die Ehescheidungsformel: res tuas tibi habeto (tab. III, 3). Wir dürfen darnach vielleicht annehmen, dass die XII Tafeln fast genau dieselbe Bestimmung über die legis actio per pig. cap. (nach Gajus IV, 28) enthielten, wie das frühere foedus Latinum, dass insbesondere nicht bloss das von Festus für die XII Tafeln bezeugte Wort nancitor in dieser lex, wenn auch nicht in ihr allein, gestanden hat[64]), sondern auch das: sibi habeto. Dann aber kannten die XII Tafeln das Einlösungsrecht des Gepfändeten noch nicht, auch dann nicht, wenn das pignus einen höheren Werth darstellte, als die Forderung betrug.

---

[64]) Allerdings ist auch nicht ungeschickt, empfiehlt sich vielleicht noch mehr die Voigt'sche Zusammenstellung des von Festus (Paul. Diac. 57, 15) bezeugten Wortes: capsit mit dem pignus wegen des Ausdruckes pig. cap.; s. Voigt XII Tafeln I zu seiner tab. XI, 8.

Nun aber müssen wir aus Gajus IV, 32 schliessen, dass eine spätere Zeit dem Gepfändeten das Reluitionsrecht gegeben hat. Dasselbe ward m. E. nicht durch ein Gesetz eingeführt, sondern lediglich durch die Praxis des Centumviralgerichtshofes, also des judicium, vermittelt. Den Anlass mag der Fall gegeben haben, dass der Gepfändete dem Pfänder bald nach der Pfändung die Schuldsumme gegen Herausgabe des pignus angeboten, dieser das Ansinnen aber abgelehnt hatte, woraufhin der Gepfändete es wagte, das pignus zu vindiciren und die Sache wegen der contravindicatio des auf sein strenges Recht trotzenden Pfänders vor das judicium kam. Dieses nahm Rücksicht auf den Gepfändeten, sei es, dass es ihm einen entschuldbaren Irrthum zu Gute rechnete, sei es, dass es ihm eine Art Reurecht einräumte, genug, es entschied gegen den Pfänder, wodurch letzterer nicht nur um das pignus, sondern auch um die angebotene Geldsumme kam, obenein noch die Sacramentssumme verlor. Diese Entscheidung war dann etwa das praejudicium für andere, und so entstand aus der Centumviralgerichtspraxis heraus, die ja auch sonst noch manche Rechtssätze zu Tage förderte, das Einlösungsrecht des Gepfändeten, so dass also der Pfänder zwar wirkliches, aber widerrufliches Eigenthum hatte. Dann aber muss es als zweifellos gelten, dass das Einlösungsrecht an eine feste Praeclusivfrist gebunden war. Voigt[65]) nimmt eine zweimonatliche nach Analogie der für das pignus in causa judicati captum gesetzte Frist an. Diese Annahme scheint mir aus einem doppelten Grunde sehr zutreffend zu sein. Einmal hatte tab. III nach Gellius XX, 1, 46 dem judicatus oder pro judicato nach der man. inj. eine sechzigtägige Gnadenfrist gegeben, innerhalb welcher er seine eigene Lösung bewirken konnte, und was hier für die man. inj. reo gilt, lässt sich auch für die man. inj. rei, sofern sie eben eine pig. cap. war, vermuthen. Sodann aber scheint mir auch ein innerer Zusammenhang zwischen dieser späteren praetorischen Pfändung und unserer privaten und eigenmächtigen pig. cap. zu bestehen. Ich stimme Puchta[66]) bei, dass das

---

[65]) XII Tafeln I § 53 N. 16; so auch schon Huschke Nexum S. 85 N. 105.

[66]) Inst. II § 248 a. A.

pignus in causa judicati captum auf das magistratische Recht der pig. cap. zurückzuführen ist, dass der Praetor die letztere auch als Executionsmittel für das richterliche Urtheil anwandte, welches nach Schultzes[67]) richtiger Auffassung im Formularprocesse nur ein das hypothetische Urtheil des Praetors in ein thetisches umsetzendes Urtheil des judex war. Der Praetor gab seinem, wenigstens auf seine formula sich stützenden Urtheile den nöthigen Nachdruck durch die Verfügung jener pig. cap.; das pignus in causa judicati captum war eine pig. cap. dem Namen wie der Sache nach. — Mit der Einführung des Einlösungsrechtes trat die legis actio per pig. cap. in eine neue Entwicklungsphase, und es ist leicht möglich, dass die Entwicklung noch weiter führte, so dass wir bei der pig. cap. dieselben wesentlichen Grundsätze voraussetzen können, welche für den Faustpfandvertrag massgebend sind[68]).

Dass nun aber die legis actio per pig. cap. wirklich mit der legis actio per man. inj. zusammenfällt, dafür spricht gerade Alles, was Gajus IV, 29 als Besonderheiten der ersteren erwähnt. Die classischen Juristen waren uneins, ob die pig. cap. eine legis actio sei. Die Mehrzahl entschied sich zwar für die Bejahung dieser Frage, wie ja schon der Gebrauch der certa (= solemnia, civilia u. s. w.) verba beweist; aber freilich mussten auch sie zugeben, dass der pig. cap. gewisse Eigenthümlichkeiten anhafteten, welche die Gegner dazu bestimmten, ihr die Legisactionennatur abzusprechen. Dabei haben aber sie alle übersehen und war ihnen allen ganz unbekannt, dass gerade dasjenige, was ihnen bedenklich war, bei der legis actio per man. inj. ganz gewöhnlich war, ja auf sie allein passt. Denn dass die pig. cap. aussergerichtlich vollzogen ward, fiel nur deswegen auf, weil man von der aussergerichtlichen man. inj. nichts mehr wusste; die spätere in jus vocatio hatte jedes Andenken an sie ausgelöscht. Aber darin steckte eben der Fehler: man hielt erstere für einen bloss aussergerichtlichen, letztere für einen bloss gerichtlichen Act, während beide beides sein konnten und waren. Denn jeden-

---

[67]) Privatrecht und Process Bd. I.

[68]) s. darüber Voigt XII Tafeln I § 53 S. 506.

falls musste, was zuerst Ihering ausgesprochen hat, auch ein Rechtsstreit über die Berechtigung der pig. cap. möglich gewesen sein. Freilich in welchen Formen dieser Rechtsstreit durchgeführt worden sei, darüber konnten weder Ihering noch Andere befriedigende Auskunft geben. Von meinem Standpunkte aus ist die Sache ganz klar und durchsichtig: der Rechtsstreit ward herbeigeführt zunächst durch die aussergerichtliche contravindicatio, welche den Pfänder zur Vornahme der gerichtlichen man. inj. zwang, und darnach leitete die gerichtliche contravindicatio des Gepfändeten den Process ganz regelrecht in die legis actio sacr. hinüber, nach deren beiderseitigem Vollzuge das Einleitungsverfahren in jure in der gewöhnlichen Weise abgeschlossen ward, damit alsdann das Beweisverfahren vor dem Centumviralgerichte stattfinden konnte. — Sodann das zweite Bedenken: die pig. cap. ist auch in Abwesenheit des Gepfändeten zulässig. Aber auch bei der gewöhnlichen man. inj. rei war Anwesenheit des Besitzers nicht erfordert; mit diesem hatte der Vindicant gar nichts zu thun; nur auf die Sache selbst richtete sich die Rechtsverfolgung des Vindicanten, und er vindicirte sie, wo er sie gerade fand. War der Besitzer gerade anwesend, so war es ihm möglich, auf der Stelle zu contravindiciren; war er es nicht, so blieb es ihm überlassen, nachträglich, wann er auch immer wollte, die Sache seinerseits zu vindiciren, in welchem Falle nur eine Rollenvertauschung im Processe stattfand, wie dies Alles oben S. 188 ausgeführt ist. Schliesslich ist es ganz natürlich, dass auch an einem dies nefastus aussergerichtlich lege agirt werden konnte; jede aussergerichtliche legis actio war ein reiner Privatact, und Privatacte unterliegen überhaupt keiner Beschränkung hinsichtlich der Zeit ihrer Vornahme[69]). Daher konnte zweifellos auch an einem dies nefastus die man. inj. aussergerichtlich vollzogen

---

[69]) Mit Ausnahme vielleicht der feriae; s. Voigt XII Tafeln I § 46 N. 33. Die Privaten hätten übrigens an sich am dies nefastus auch gerichtlich lege agiren dürfen, nur konnten sie es thatsächlich nicht, weil dem Praetor die Vollziehung der legis actio an einem solchen Tage verboten war. S. Voigt a. a. O. N. 34. — Wenn daher manche Definitionen des dies nefastus lauten: quo non licebat lege agere, so sind sie ungenau; es fehlt noch: in jure.

werden: man denke z. B. nur an den Abschluss eines nexum! Stimmt in allen diesen Punkten die man. inj. mit der pig. cap. genau überein, so kann endlich der Handauflegungsact der pig. cap. nicht gefehlt haben, weil eine körperliche Sache der Gegenstand der Pfändung und diese ein dingliches Rechtsgeschäft ist. Hiernach darf ich mein thema probandum für probatum halten.

Aber noch eins will ich erwähnen. Die Wissenschaft nimmt an, dass die von Gajus IV, 27 und 28 aufgezählten Fälle der legis actio per pig. cap. nicht die einzigen waren; auch das damnum infectum und die operis novi nuntatio werden zu den Fällen dieser legis actio gestellt, m. E. mit Recht. Ist es schon an sich nicht unwahrscheinlich, dass, nachdem einmal für gewisse rein privatrechtliche Ansprüche die XII Tafeln die legis actio per pig. cap. für zulässig erklärt hatten, man auf dieser Bahn weiter fortschritt, so lässt sich die Statthaftigkeit unserer legis actio wegen damnum, zwar nicht infectum, aber doch bereits factum, welches ja auch durch ein opus novum verursacht werden konnte, mit ziemlicher Sicherheit vermuthen. Bethmann-Hollweg[70]) hat auf Grund von Gajus IV, 31 die legis actio per pig. cap. aus einem damnum infectum für zuständig erklärt, und in der That spricht Vieles dafür[71]); insbesondere hat Bekker richtig geurtheilt: „das ganze Kautionswesen wird dort (operis novi nuntiatio) wie hier (damnum infectum) als späteres Zusatz- oder Ersatzstück aus der praetorischen Fabrik zu betrachten sein“. Aber allerdings besteht zwischen dem späteren Cautions- und dem früheren Pignoriscapionsverfahren der nicht gehörig gewürdigte Unterschied, dass die cautio ein Sicherungsmittel für erst zu befürchtenden Schaden war, die pig. cap. dagegen einen bereits eingetretenen Schaden voraussetzt, auf Grund dessen die Pfändung erlaubt ist. Nehmen wir also mit Fug in dem Falle eines damnum, welches durch Grundstücke oder Gebäude ver-

---

70) Civilprocess I § 54 N. 13.

71) Ich verweise auf Karlowa Röm. Civilpr. S. 216 ff. und auf Bekker Actionen I S. 46 ff., sowie auf A. Schmidt in Jahrb. d. gem. R. IV S. 211 ff. und Krit. Vierteljahrsschr. VII S. 292.

ursacht ist, die pig. cap. an, so können wir auch der Huschkeschen[72]) Auffassung gerecht werden, wenn er an eine der man. inj. ähnliche Execution denkt. Die Execution ist nicht nur der man. inj. ähnlich, sondern ist diese selbst, weil die legis actio per pig. cap. eine Art der legis actio per man. inj. ist. So zeigt auch dieser Fall, welchen wir wohl, aus dem Stillschweigen bei Gajus zu schliessen, für jünger als die XII Tafeln halten dürfen, dass das damnum eine wahre Obligation zwischen dem Eigenthümer des beschädigten und dem des schädigenden Grundstückes nicht erzeugte, weil ersterer einer persönlichen Klage entbehrte.

Ich bin hiermit bereits bei den Delicten oder doch den Quasidelicten angelangt. Worauf es mir aber in diesem Paragraphen hauptsächlich ankam, war der Nachweis, wenn er sich auch nur in engen Grenzen halten musste, dass dem ältesten Rechte Contractsobligationen unbekannt waren. Ist mir dieser gelungen, so stellt sich von selbst die Frage ein: woher stammt denn die civile Contractsobligation? Um meine Aufgabe nicht halb gelöst zu lassen, will ich auf diese noch eine Antwort zu geben versuchen.

Die römische Obligation hat ihren Ursprung in der sponsio. Man hat über die Entstehung der stipulatio in der ältesten Gestalt der sponsio mit der Formel: spondes? spondeo die verschiedensten Meinungen aufgestellt[73]); m. E. hat diejenige Recht, welche einen Zusammenhang dieser civilrechtlichen sponsio mit der alten sacralen sponsio ad aram maximam Herculis annimmt. Wenn wir für zwei Institute denselben Namen finden, so dürfte von Anfang an die Vermuthung die grösste Wahrscheinlichkeit für sich haben, dass beide in einem inneren Verwandtschaftsverhältnisse zu einander stehen, wenn nicht ein überzeugender Beweis erbracht werden kann, dass die Namensgemeinschaft auf blossem Zufall beruht, bez. aus einem äusseren Anlasse zu erklären ist. Ein solcher Beweis ist nun im vorliegenden Falle nicht nur nicht geführt,

---

72) „Gajus" S. 209.

73) Sie sind zusammengestellt bei Voigt jus natur. Beil. XIX § VII N. 112.

sondern ich glaube es wahrscheinlich machen zu können, dass die jüngere sponsio sich wirklich aus der älteren entwickelt hat. Danz[74]) hat hierfür gute Vorarbeiten geliefert.

Die sponsio ad aram Herculis war ein altitalisches Institut des Privatrechts; Dionys I, 40 berichtet, dass der Herculescultus allenthalben in den Städten blühte. Sponsionen aber waren von jeher nicht bloss als Formen des Verlöbnisses üblich, sondern auch im internationalen Verkehre als Bestärkungsmittel von Staatsverträgen. In allen diesen Anwendungen hatte die sponsio einen sacralen Character; darauf weist ihr Name deutlich genug hin[75]). Ich sehe mit Danz[76]) und Ihering in der sponsio ad aram Herculis einen promissorischen Eid, welcher von dem Priester des Hercules formulirt und abgenommen wurde. Der sacrale Eid war das sacramentum, und dieses war ein Eid mit exsecratio, Selbstverwünschung, für den Fall des Eidbruches. Die sponsio stellt also denselben Eid dar, wie er ursprünglich im Legisactionsprocess zufolge der sacr. prov. geleistet ward[77]), und wir werden sehen, dass die Entwicklung, derzufolge der Eid in Wegfall kam, hier wie dort eine ganz ähnliche war.

Die sponsio ad aram Herculis war ein durchaus einseitiger Act desjenigen, welcher ein eidliches Versprechen zu Gunsten eines Andern that. Dieser wird zwar regelmässig gegenwärtig gewesen sein, jedoch hatte er selbst an dem sacralen Acte keinen Antheil. Weil der Act kein civilrechtlicher war, so ward der Andere aus der sponsio auch nicht civilrechtlich berechtigt; die sponsio äusserte überhaupt keine civilrechtlichen Wirkungen, sondern nur sacralrechtliche. Daher hatte derjenige, welchem der Spondent etwas zu leisten sich religione obligavit, keine Klage aus der sponsio, falls der Spondent am Verfalltage nicht freiwillig leistete. Wenn Danz ihm die legis actio per man. inj. giebt, welche doch nur aus einem nexum

---

[74]) Der sacrale Schutz S. 102 ff.

[75]) Ihering Geist I S. 308 N. 211a — 211c. Kuntze Cursus § 649. Mommsen Staatsr. I S. 239 N. 2.

[76]) A. a. O. S. 105 ff. Namentlich fällt ins Gewicht Isid. Orig. V 24, 30 (nach Paulus), eine Stelle, welche Danz S. 115 richtig auslegt.

[77]) So auch Danz und Ihering.

entspringt, so habe ich bereits oben auf das Unhaltbare dieser Meinung hingewiesen. Einen directen Zwang, ein Rechtsmittel zur Erzwingung der Erfüllung des Sponsionsversprechens gab es überhaupt nicht; der Spondent stand lediglich unter dem Drucke der sacralen Folgen eines Eidbruches, und diese waren allerdings schwer genug. Der Eidbruch machte ihn zum sacer homo, und jenachdem er absichtlich oder nur fahrlässiger Weise gegen seinen Eid handelte, war er inexpiabel oder expiabel. Ersterenfalls ward er vogelfrei, verlor er das Bürgerrecht und konnte von jedem Bürger straflos getödtet werden. Letzterenfalls musste er sich durch die Opferung einer hostia reinigen. Einen fahrlässigen Eidbruch werden wir dann anzunehmen haben, wenn der Spondent nicht in der Lage war, sein Versprechen zu erfüllen, wenn er also z. B. zu arm war. In diesem Falle wird er auch nicht im Besitze eines Opferthieres gewesen sein und auch keine Mittel gehabt haben, ein solches gegen Erlegung des Preises zu kaufen. Wollte er sich also expirien, so musste er im Nothfalle eine hostia gegen Creditirung des Kaufpreises zu erstehen suchen, und dies ist m. E. der Fall, in welchem die XII Tafeln dem Verkäufer die legis actio per pig. cap. einräumten. Durch die Opferung der hostia aber ward er vollständig entsühnt, und so sehen wir, dass der Gläubiger, falls der Spondent nicht freiwillig leistete, in keinem Falle zu seinem Rechte kommen konnte: dem ältesten Rechte war eben eine civile Obligation unbekannt. Wie die völkerrechtliche sponsio den Vertrag nicht erst giltig machte, sondern nur zur Bestärkung des schon an sich giltigen Vertrages diente[78]), so konnte auch die private sponsio den, wie wir annehmen müssen, vorhergehenden unsolennen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner nicht giltiger machen, wie er schon an sich war, und da dieses pactum eben klaglos war, so verlieh ihm auch die sacrale sponsio keine Klagbarkeit[79]).

[78]) Mommsen Staatsr. I S. 239.

[79]) Mommsen Röm. Forsch. I S. 337 N. 17 u. 18 und Staatsr. I S. 241 hat gewiss Recht, wenn er sagt, dass die sponsio nur bei klaglosen Verträgen eintrat; aber hieraus ist nicht zu schliessen, dass nun die sponsio den Vertrag zu einem giltigen machte. Die Römer haben im Princip wenigstens stets an dem Satze festgehalten, dass der Eid einem Vertrage nicht die Giltigkeit oder eine höhere Giltigkeit verleihen konnte.

Sie hatte nur insofern Werth für den Gläubiger, als sie ein gewichtiges Pressionsmittel für den Schuldner war, das an sich klaglose Versprechen zu erfüllen. Versagte dies, so hatte der Gläubiger, bevor ihm das Recht der pig. cap. gegeben war, das Nachsehen.

Dass unter solchen Umständen der Gläubiger nicht lieber zum nexum anstatt zur sponsio[80]) griff, erklärt sich daraus, dass das nexum nur zur Verpflichtung von Plebejern diente, während die sacrale sponsio als dem fas oder jus publicum angehörig ein Institut des Patricierrechtes war, was Danz richtig herausgefunden hat. Erst mit der Verweltlichung, mit dem Wegfall des Eides ward diese auch den Plebejern zugänglich. Daher ist es auch nicht denkbar, dass die XII Tafeln die sponsio ad aram bestätigt hätten, was Kuntze Cursus § 136 N. 1, lediglich gestützt auf das schwache Argument aus Cic. de off. III, 31, 111, annimmt. Aber auch die civilrechtliche sponsio in der Form spondes? spondeo gehört noch nicht dem Zwölftafelrechte an[81]), schon deshalb nicht, weil sie erst durch die spätere lex Silia klagbar gemacht wurde. Auch beweist eben jener obige Fall der pig. cap., dass zur Zeit der XII Tafeln noch die sponsio ad aram, aber eben nur im Verkehr der Patricier unter sich, üblich war.

Die nächste Aenderung, welche das Sponsionsrecht erfuhr, war die nämliche wie beim processdienlichen sacr.: an die Stelle der Sühnung des Eidbruches durch eine hostia liess sich der Priester des Hercules eine feste Geldsumme zahlen, für welche er selbst die hostia stellte und opferte, und zwar wartete er nicht erst mit der Einziehung derselben, bis dass

[80]) Die alte sacrale sponsio geht wie das nexum auf aes certum, oder auf certa pecunia nach späterem Sprachgebrauche, wie die civile sponsio der lex Silia, welche sich ja nach meiner Meinung aus der sacralen sponsio entwickelt hat, beweist. Natürlich ist certa pecunia credita gemeint, wenn das Wort credita auch nicht in der lex Silia nach Gajus IV, 19 gestanden zu haben scheint; sie setzte die Creditirung der certa pecunia ebenso stillschweigend voraus, wie das nexum die Creditirung des aes certum, von dem auch immer nur in dieser Weise die Rede ist.

[81]) Voigt jus natur. II S. 229 und Beilage XIX § VII S. 439, 440.

der Eidbruch stattfand, sondern liess sie sich vorher deponiren mit der Massgabe, dass sie der Spondent für den Fall der Erfüllung seines eidlichen Versprechens zurückerhielt; ohne vorherige Deposition liess er die sponsio nicht zu. Damit trat aber der Eid selbst in den Hintergrund. Es war unnöthig noch zu schwören, da in der Deposition der Sacramentssumme eine Fiction des geleisteten Eides angenommen ward. Zur Verstärkung dieser Fiction trat dann noch die Frage des Versprechensempfängers hinzu: spondes?, auf welche der Spondent mit spondeo antwortete. Er nahm nicht mehr den Act der sponsio selbst vor, sondern sagte bloss, dass er spondire, was ebenso angesehen ward, als ob er den Act der sponsio selbst vorgenommen hätte: das blosse dictum galt als actum[82]). Auf diese Entwicklung mag die Einführung des Fidescultus nicht ohne Einfluss gewesen sein, wie dies Danz S. 127 ff. des Näheren dargelegt hat; nur meine ich, dass jener Cult nicht eine eigene promissio neben der sponsio einbürgerte, sondern gerade diese sponsio zu der promissio in der neuen Form umgestaltete. Der Fidescultus war aber ein dem ganzen populus einschliesslich der plebs gemeinsamer, und so erklärt es sich, dass die sponsio auch den Plebejern zugänglich ward. Freilich kam hier Alles eben auf die fides des Versprechenden an; das sacr. hatten die Priester schon im Voraus erhalten für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens, aber der Stipulant — denn stipulatio dürfte der neue Name für die sponsio in dieser Form gewesen sein — konnte, wenn der Versprechende perfid handelte, zu seinem Rechte nicht gelangen: eine civilrechtliche Klage war ihm noch immer versagt. Diese führte erst die lex Silia ein, welche Voigt[83]) in die Zeit von 311—329 p. u. c. setzt, und sie überweist sie der legis actio

---

[82]) Dieselbe Entwicklung nahm die völkerrechtliche sponsio, bei welcher nach Mommsen Staatsrecht I S. 239 „Eid und Opfer früh weggefallen sind und der Act sich beschränkt hat auf das, was die Grundlage eines jeden Staatsvertrages ist, auf das einfache mündliche Versprechen". Daher begegnen wir auch der Formel: spondes? spondeo bei Abschliessung von Staatsverträgen.

[83]) Jus natur. Beilage XIX § II S. 401.

per condictionem; nulla actio (d. h. ursprünglich legis actio) sine lege.

Wenn es nun auch an sich denkbar wäre, dass der Verkehr der Römer unter einander zur Klagbarmachung der sponsio hingedrängt hätte, so glaube ich doch annehmen zu müssen, dass der Impuls dazu von Aussen herkam. Voigt[84]) ist der Meinung, dass die stipulatio überhaupt erst von Latium nach Rom gekommen sei, da er einen Zusammenhang dieser mit der alten sponsio ad aram leugnet. Wenn ich auch dies nicht zugeben kann, so halte ich doch dafür, dass die peregrinische sponsio die lex Silia unmittelbar veranlasst hat. In Latium, wo ja ebenso wie in Rom die sponsio ad aram zu Hause war, muss dieselbe eine ähnliche, aber schnellere Entwicklung wie in Rom genommen haben, in Latium war die civilrechtliche sponsio eher zur Ausbildung gelangt; hier war sie zu einer vollständigen Contractsobligation, welche auf dare oportere gerichtet war, ausgereift. In dem Verkehre zwischen den Römern und den des römischen commercium theilhaftigen Latinern muss die latinische sponsio Boden gewonnen haben, und die Klage aus ihr gehörte in Rom vor das Recuperatorengericht. Hatte aber die latinische sponsio einmal in Rom Wurzeln gefasst, so ist es erklärlich, dass sich ihrer auch die Römer im Rechtsverkehre unter sich bedienten, richtiger, dass die römische bei der Fides abgeschlossene sponsio in der latinischen aufging, so dass auch aus ihr eine Klage vor dem Recuperationsgerichte anhängig gemacht werden konnte. Die lex Silia schloss dann diese Entwicklung dadurch ab, dass sie für die sponsio eine civilrechtliche Klage in der Form der legis actio (per cond.) gab, wodurch die sponsio selbst juris civilis ward und das römische Recht die erste wahre Contractsobligation erhielt. Zwar war dieselbe insofern von beschränktem Inhalte, als sie als einziges Object das aes anerkennt, wie denn auch die alten Quasiobligationen, namentlich das nexum, kein anderes Object kennen. Erst die lex Calpurnia führte die condictio triticaria ein, und schliesslich konnte seit der Einführung der condictio incerti die stipulatio jeden möglichen Inhalt erhalten.

---

[84]) Jus natur. II § 33.

Was war nun aber die legis actio per cond.? Man hält dieselbe insgemein für eine ganz neue Klagform, welche erst die lex Silia geschaffen hat. In Wahrheit knüpfte aber diese lex, wie es nicht anders zu erwarten steht, an das bisherige Legisactionsverfahren an. Wie auch sonst, bedeutet legis actio auch hier nicht eine Processform oder Processart, sondern einen einzelnen Processact, und zwar ist die legis actio per cond. ursprünglich und in der Hauptsache auch später noch die wohlbekannte comperendinatio, welche als solenner Processact ebenfalls eine legis actio war und als solche technisch legis actio per cond. geheissen haben dürfte[85]). Der Beweis für diese meine Behauptung ist unschwer zu führen. Das comperendinare wird erklärt abwechselnd als ein denuntiare[86]) und auch geradezu als ein condicere[87]), d. h. als das Ansagen eines bestimmten Termins, und ebenso wird das condicere, im Allgemeinen wie insbesondere auch mit Bezug auf die legis actio per cond., als ein denuntiare hingestellt und wiedergegeben[88]). Das comperendinare ist also in der That ein condicere; aber freilich ist umgekehrt nicht jedes condicere ein comperendinare. Das comperendinare ist eine species des condicere; erstere Bezeichnung ist prägnanter und voller als die letztere. Condicere an sich ist einfach denuntiare, ohne dass darin die Beziehung gerade auf eine Terminsansage oder doch auf die Ansage eines bestimmten Termins liegt; erst der Zusatz: in diem tertium, ante diem tertium, postridie, in diem trigesimum u. drgl., scherzhaft z. B. auch ad coenam, macht

---

[85]) Mit Unrecht sieht man also die legis actio per cond. schlechthin als die jüngste an; die jüngste ist nur die legis actio per cond. der lex Silia, d. h. spät ist nur die Verwendung dieser legis actio nach Massgabe der lex Silia. An sich ist die legis actio per cond. viel älter, wenn sie auch gerade nicht gleichaltrig mit der legis actio per man. inj. und sacr. zu sein braucht; denn in der Königszeit, welcher diese beiden legis actiones angehören, konnte der König in eigener Person und ohne Unterbrechung den Process entscheiden, so dass es einer Vertagung mittels cond. bez. comperendinatio nicht bedurfte. Aber jünger, wie die legis actio per judicis arbitrive postulationem ist sie keinesfalls, eher noch älter.

[86]) Voigt XII Tafeln I § 54 N. 37.

[87]) Voigt a. a. O. N. 38.

[88]) Voigt jus natur. II S. 182, 183.

die Terminsangabe vollständig, und es kann daher in den verschiedensten Sachen und zu den verschiedensten Terminen condicirt werden (N. 88). In dem Worte comperendinatio dagegen liegt von Vornherein eine bestimmte Terminsansage, die Festsetzung eines, zwar nicht absolut, aber doch relativ festen Termins[89]); sie ist nicht eine blosse condictio, nicht eine condictio schlechthin, sondern eine condictio in diem tertium sive perendinum (sc. nach dem Schlusstage des Verfahrens vor dem priesterlichen Gerichtshofe). Comperendinatio mag eine untechnische, vulgäre Bezeichnung für die Terminsansage im alten Manusinjectionsprocesse ursprünglich gewesen sein; technisch scheint sie erst später nach der Aenderung des Termins durch die lex Pinaria geworden zu sein; in der Rechtssprache hiess auch sie legis actio per cond. Eine comperendinatio gab es nämlich zur Zeit der XII Tafeln vermuthlich nicht mehr; denn die genannte lex Pinaria dürfte schon vorher an ihre Stelle die condictio in diem trigesimum[90]), vielleicht nach dem Vorbilde der clarigatio, gesetzt haben. Zwar wird über das Alter dieser lex gestritten, und z. B. Voigt[91]) setzt sie in das Jahr 322 d. St., also nach den XII Tafeln; aber er spricht damit der Stelle bei Macrob. Sat. I, 13, nach welcher sie in das Jahr 282 fällt, ohne Grund alle Beweiskraft ab[92]). Wie dem aber auch sei, jedenfalls gab es seit der lex Pinaria keine comperendinatio im Civilprocesse mehr, sondern bloss eine condictio in diem trigesimum, und diese Thatsache macht es erklärlich, dass der an sich allgemeine Name condictio der alten comperendinatio gegenüber eine engere technische Bedeutung für den Civilprocess gewann, in welcher sie eine Terminsansage auf den dreissigsten Tag war; ein eigener Name ward für sie nicht gebildet. Wenn also die lex Silia

---

89) s. oben S. 243 N. 67.

90) ad judicem accipiendum, wie Gajus IV, 15 sagt; indessen richtiger hätte er, da er hier vom Manusinjectionsprocess spricht, gesagt: ad judicium (sc. der Centum- bez. Decemvirn) accipiendum.

91) Jus natur. II N. 175.

92) s. Puchta Inst. I § 154 N. a.; doch irrt er darin, dass nach dem dreissigsten Tage nun noch die alte comperendinatio stattfinde; diese nochmalige Vertagung wäre zwecklos und unerklärlich.

in dem von ihr bezeichneten Falle die legis actio per cond. gab, so liegt der condictio hier schon jene technische Bedeutung der condictio in diem trigesimum zu Grunde. Was also die lex Silia neu einführte, war gar nicht die legis actio per cond. selbst, wie man durchgängig nach dem Vorgange von Gajus annimmt, sondern die Uebertragung der schon von altersher bestehenden legis actio per cond. auf die peregrinische Klage aus der sponsio, und weil eben die lex Pinaria geraume Zeit vor der lex Silia gegeben war, so war diese legis actio per cond. nicht die alte cond. in diem tertium sive perendinum, die comperendinatio, sondern die neue cond. in diem trigesimum. Innerhalb der legis actio per cond. hatte sich vor der lex Silia nur der Termin geändert, und die lex Silia nahm natürlich die so veränderte legis actio hinüber. — Geht also die neue legis actio per cond. auf die alte comperendinatio zurück, war sie ihr bis auf den Termin selbst völlig wesensgleich, so löst sich auch der Zweifel, ob die condictio in unserm Falle ein aussergerichtlicher Act war oder nicht[93]). Gewiss, an sich konnte die legis actio per cond. gerichtlich wie aussergerichtlich sein; wir haben oben S. 184 N. 23 einen Fall kennen gelernt, wo die denuntiatio oder condictio das letztere war; aber in unserem Falle war sie gerichtlich wie die comperendinatio, von welcher man es nie bezweifelt hat. Im Uebrigen geht es auch aus Gajus IV, 29 hervor, wenn er hier die Aussergerichtlichkeit der pig. cap. als eine Besonderheit den übrigen legis actiones gegenüber ansieht; zudem beruht die gegentheilige Ansicht nur auf der falschen Voraussetzung, dass die cond. eine Ladung gewesen sei, worüber nachher.

Hiernach gewinnen wir einen tieferen Einblick in das Verfahren, welches die lex Silia für die Klage aus der sponsio einführte. Von dem Legisactionsprocesse nahm sie nichts weiter hinüber, als die alte, inzwischen unwesentlich modificirte legis actio per cond., d. h. den also bezeichneten einzelnen Processact. Jetzt wird es auch klar, was ja unzweifelhaft ist, warum die Klage aus der sponsio weder die legis actio per

[93]) s. die Litteratur hierzu bei Keller Röm. Civilpr. § 18 N. 242.

man. inj. noch die legis actio sacr. sein konnte, richtiger warum der Process nicht durch beide Acte hindurchführte: beides sind Processacte, welche vor der legis actio per cond. im gewöhnlichen Legisactionsprocess liegen. Also in den Bahnen dieses sollte sich die Klage aus der sponsio nicht bewegen; erst in dem Punkte setzt das civilrechtliche, d. h. eben Legisactionsverfahren ein, wo sich die Parteien die denuntiatio auf den späteren Verhandlungstermin zu machen hatten. Also wie auch sonst, so bezeichnet auch hier die legis actio per cond. nur einen Processact, und zwar einen Processact innerhalb des schon begonnenen Processes; es müssen ihm auch hier andere gerichtliche Processacte vorhergegangen sein. Und welches waren diese? Legisactionen waren es nicht und sollten es nicht sein; so bleibt weiter nichts übrig, als dass das Verfahren bis zur cond. das recuperatorische war, d. h. dasselbe Verfahren, welches vor der lex Silia im internationalen Verkehr stattfand. Von diesem wissen wir nun allerdings wenig Sicheres; doch ist anzunehmen, dass es mit der in jus vocatio, welche die XII Tafeln auch schon für den Manusinjectionsprocess dem Recuperationsprocesse entlehnt haben dürften, begann, dass der Kläger mit einer auf dare oportere intendirenden Klagformel auftrat und der Beklagte seinen Anspruch negirte. Für formlos aber dürfen wir auch dieses Verfahren nicht halten, ebensowenig wie das Verfahren der clarigatio; für die in jus vocatio insbesondere sind nach allen Zeugnissen[94]) bestimmte Worte bezeugt, und zudem war die Zuziehung von Zeugen erforderlich. Ja, seitdem die in jus vocatio durch tab. I der XII Tafeln sanctionirt und gleichsam civilisirt worden war, war sie nach späterem Sprachgebrauche eine eigentliche legis actio geworden Das Recuperationsverfahren haben wir aber auch deshalb nicht für formlos zu halten, weil es seinen Ursprung in latinischen Rechten haben dürfte, und weil, wie in Rom, so in ganz Latium sich die erste Rechtsperiode durch Formalismus ausgezeichnet haben wird. Ist dies aber richtig, so ward im Recuperationsprocesse zwar nicht per legis actiones, d. h. per civilia verba, aber doch per certa oder solemnia verba, m. a.

---

[94]) s. Voigt XII Tafeln I § 55 N. 8.

W. per concepta verba oder per formulam agirt[95]). Indem aber die lex Silia dieses Formularverfahren stillschweigend für den Process aus der sponsio unter Römern und im römischen forum voraussetzte und damit zugleich sanctionirte, ist sie eine Vorläuferin der lex Aebutia, welche den Formularprocess für alle Klagen einführte und zum ordentlichen erhob[96]). Der Formularprocess ist peregrinischen Ursprungs und ist von der lex Aebutia für den römischen Process recipirt worden.

Die lex Silia nahm aber den Recuperationsprocess nur bis zur negatio des Beklagten hinüber. Wir wissen, dass in diesem darnach der Praetor selbst den Parteien den Termin für die Beweisaufnahme vor dem Recuperatorengerichte ansetzte; es ist dies der bekannte dies status. Dem dies status im Recuperationsprocess entspricht nun der dies condictus im Legisactionsprocess. Man[97]) hat bisher beide Termine als dem einen Recuperationsprocess angehörig betrachtet, und die condictio diei insbesondere sei die Ladung gewesen. Aber wie misslich ist die Annahme einer Ladung erst auf den dreissigsten Tag gegenüber der sofortigen in jus vocatio der XII Tafeln und namentlich gegenüber der Thatsache, dass der Recuperationsprocess ein schleuniges Verfahren darstellt! In der That beruht jene Annahme nur auf dem Missverständnisse mehrerer Stellen. Wir finden nämlich sowohl im Militäreide des Cincius (bei Gellius XVI, 4), als auch bei Plautus Curc. I, 1, 5 beide Ausdrücke nebeneinander: status condictus(ve) dies cum hoste, und daraus hat man geschlossen, dass beide Termine dem mit dem hostis nur möglichen Recuperationsprocesse angehören. Allein seit der lex Silia war es für einen

---

[95]) Keller drückt sich daher mindestens ungenau aus, wenn er sagt, dass der Condictionsprocess der lex Silia sich durch eine Verringerung der verba solemnia auszeichne; denn nicht sowohl die verba solemnia, als vielmehr die verba civilia haben sich verringert, weil legis actio per man. inj. und sacr. weggefallen sind.

[96]) So schon Savigny System V S. 578; vgl. Bethmann-Hollweg Civilpr. I S. 155 N. 31, Keller röm. Civilpr. § 18 N. 247, 247a und Bekker Actionen I S. 75 ff.

[97]) Voigt jus natur. II S. 180 ff. Karlowa Röm. Civilpr. S. 226 ff.

Römer auch möglich, im Condictionsverfahren, d. h. im Recuperationsverfahren mit legis actio per cond. gegen einen hostis zu processiren, vorausgesetzt für die Zeit vor der lex Calpurnia, dass die sponsio, aus der geklagt ward, auf certa pecunia ging. Jene beiden obigen Stellen haben also das Recht nach der lex Silia vor Augen; Cicero de off. I, 12 dagegen, welcher als ein Zwölftafelbruchstück nur die Worte: status dies cum hoste angiebt, hat die XII Tafeln genau ausgeschrieben, und man thut Unrecht, wenn man aus jenen obigen beiden Stellen auch in das Zwölftafelfragment das Wort: condictusve einschieben will; denn die XII Tafeln kannten das Condictionsverfahren aus der sponsio überhaupt, also auch gegen den hostis noch nicht, da die lex Silia wenige Jahre nach ihnen fällt.

War der Recuperationsprocess bis zur negatio des Beklagten gediehen, so brach er hier nach der lex Silia ab, und das ganze übrige Verfahren war Legisactionsverfahren, welches zunächst mit der condictio in diem trigesimum einsetzt. Denn im Legisactionsprocesse beraumt nicht der Praetor den Termin für die Beweisaufnahme an, sondern die Parteien selbst, denen der ganze Processbetrieb hier grundsätzlich überlassen war. Nach dem dreissigsten Tage kamen die Parteien wieder zum Praetor, falls sie sich nicht den Folgen der contumacia aussetzen wollten, um sich den Richter zu erbitten. Diese Bitte ist die judicis postulatio, der Rechtsact selbst die legis actio per jud. post. Es war dies wieder bloss eine neue Verwendung der schon längst bestehenden legis actio per judicis (arbitrive) postulationem[96]), welche nach den XII Tafeln nicht

[96]) Es scheint so, als ob diese legis actio technisch nur legis actio per judicis post. hiess, wie sie auch Gajus IV, 12 und 20 nur nennt; denn der arbiter war jedenfalls auch judex, s. Schmidt über die legis actio per jud. post. S. 18 N. 3. Doch ist es auch möglich, dass man je nach den Voraussetzungen des Falles von einer legis actio per jud. post. und von einer per arb. post. sprach. Wenn eine nach der gangbaren Vermuthung hierhergehörige Note des Probus lautet: te praetor judicem arbitrumve postulo uti des, so ist diese Formel entweder in dem letzteren Sinne zu erklären, dass man je nach Bedarf judicem oder arbitrum setzte (ähnlich wie es in der Formel der man. inj. bei Gajus IV, 21 heisst: judicatus sive damnatus),

bloss für das an die vindicatio sich etwa noch anschliessende Nachverfahren Platz griff, sondern auch für die Klage aus den Privatdelicten neu eingeführt war, was ich im nächsten Paragraphen begründen werde. In einem Punkte wich aber auch diese legis actio von der der tab. XII, 3 der XII Tafeln ab: sie führte zur Ernennung nur eines Einzelrichters. Natürlich, Recuperatoren konnten im Legisactionsprocesse nicht fungiren, und andererseits waren die Centumvirn nur dann zuständig, wenn sacr. provocirt und lege agirt worden war: letztere blieben, was sie von jeher waren, wo der Manusinjectionsprocess Vindicationsprocess war: Richter über justum dominium. Der vom Praetor ernannte judex ward aber von diesem schon damals, wie später, mittels formula zur condemnatio oder absolutio angewiesen; beide Urtheile sind dem Manusinjectionsprocesse fremd.

Hiernach erklärt sich Manches, was Gajus über die legis actio per cond., bez. über die aus ihr hervorgegangene condictio sagt, insbesondere, warum die condictio nach Gajus IV, 5 die actio in personam im späteren Sinne, d. h. die Klage aus der Obligation ist: erst mit der Uebertragung der legis actio per cond. auf die Klage aus der sponsio durch die lex Silia hatte die moderne Vertragsobligation ihren Einzug in das römische Recht gehalten. Wenn sich ferner Gajus IV, 20 über die Einführung der condictio wundert, weil ja schon die legis actio sacr. oder per jud. post. für die der condictio überwiesenen Klagen genügt hätten, so beweist dies nur, wie gänzlich unhistorisch Gajus und überhaupt die römischen Juristen arbeiteten, wie ihnen nicht bloss der Sinn für Rechtsgeschichte, sondern auch die Kenntniss derselben völlig abging. Denn einerseits setzt Gajus fälschlich voraus, dass die Contractsklage schon vor der lex Silia existirt und diese über die legis actio sacr. geführt hätte, während die Contractsklage erst durch die lex Silia in das jus civile aufgenommen ward; er

---

oder aber es waren allerdings beide Worte neben einander feste Formelbestandtheile, welche sich ähnlich erklären, wie die Wendungen: res sive litem u. a.; s. oben S. 251 N. 83. Vgl. auch zu der ganzen Frage Voigt XII Tafeln I § 62 N. 3.

hätte also fragen müssen, warum man die Klage aus der sponsio nicht dem Sacramentsprocesse überwiesen habe. Und darauf lautet die Antwort: der Sacramentsprocess des Gajus ist in Wahrheit ein Manusinjectionsprocess, und die legis actio per man. inj. war zur Aufnahme der Contractsklage aus der sponsio nicht geeignet. Ueberdies ist es mir sehr zweifelhaft, ob die legis actio sacr. jemals eine actio generalis im Sinne von Gajus IV, 13 gewesen sei, ob also auch für wahre, d. h. für moderne Contractsklagen, gleichviel für welche Klassen oder Arten, die legis actio sacr., dieser einzelne Processact, welcher im alten Processe der legis actio per cond. voranging, jemals üblich geworden sei. Möglich wäre ja an sich auch diese Combination des Recuperationsprocesses mit dem Legisactionsprocesse, und es ist zu bedauern, dass uns der Bericht des Gajus über die legis actio sacr. in personam, welcher uns über diese Frage hätte Auskunft geben können, verloren gegangen ist. Wir erfahren aber von Gajus eben weiter nichts, als dass die Sacramentsklage in personam auf ein dare oportere ging; da aber zu Gajus Zeit der Sacramentsprocess nur als dinglicher vorkam, so ist es leicht denkbar, dass Gajus wie überhaupt die classischen Juristen sich einen persönlichen Sacramentsprocess selbst zurechtgelegt und somit erfunden hätten. Andere Anhaltspunkte dafür, dass es zu irgend einer Zeit wirklich einen persönlichen Sacramentsprocess gegeben habe, besitzen wir nicht; denn wenn auch Probus IV, 1 die Formel: ajo te mihi dare oportere als eine dem Legisactionsprocess angehörige überliefert, so ist sie sowohl dem Condictionsprocesse, als auch dem Judicispostulationsprocesse (s. das Folgende) eigen, braucht also nicht auf den vermeintlichen persönlichen Sacramentsprocess bezogen zu werden. Und wenn Probus ferner IV, 2, 3, 5 Legisactionsformeln angiebt, nach denen der klägerische Anspruch negirt wird, so haben wir bei ihnen auch nicht nothwendig an einen persönlichen Sacramentsprocess mit einer auf dare oportere intendirenden actio zu denken, weil ausser in den obigen beiden Processarten auch im persönlichen Manusinjectionsprocesse eine negatio des klägerischen Anspruches Seitens des Beklagten angängig war (siehe oben S. 332). Hiernach erscheint es mir doch zweifelhaft, ob es einen persönlichen Sacramentsprocess, wie sich ihn Gajus

vorzustellen scheint, gegeben hat; ich vermuthe, dass, wie der Gajanische Sacramentsprocess in Wahrheit überhaupt ein Manusinjectionsprocess ist, so auch der vermeintliche persönliche Sacramentsprocess der bekannte Manusinjectionsprocess in personam ist, welchen Gajus IV, 21 ff. darstellt; dieser führt allerdings über die legis actio sacr., während die sonstigen Contractsklagen im Legisactionensystem der legis actio per cond. oder per jud. post. zugewiesen sind. Wie er den dinglichen Manusinjectionsprocess einen Sacramentsprocess nennt, so macht er es auch mit dem persönlichen; dazu passt vollkommen, dass Gajus IV, 21 ff. zwar sagt, dass es im persönlichen Manusinjectionsprocess zufolge man. depulsio Seitens des Beklagten zum Rechtsstreite kommt, aber nicht erwähnt, in welchen Legisactionsformen derselbe sich nun bewegte. Ist dies aber richtig, dann sind die dem sog. persönlichen Sacramentsprocesse angehörigen Klagen nicht solche, welche auf ein dare oportere gehen und mithin unmittelbar oder mittelbar peregrinischen Ursprungs sind, sondern solche, welche aus dem alten römischen Civilrecht selbst hervorgegangen sind und, wenn sie auch zuletzt auf eine moderne condemnatio oder absolutio hinauslaufen, doch die Manusinjectionsformel nach Massgabe von Gajus IV, 24 (mit 21) tragen.

Wenn aber Gajus IV, 20 andrerseits die Einführung der legis actio per cond. der lex Silia deshalb für unnöthig hält, weil für die Klage aus der sponsio ja noch die legis actio per jud. post. da war, so erklärt sich diese Betrachtung nur aus der falschen Auffassung des Gajus, dass jede legis actio ein eigenes Processverfahren statt eines eigenen Processactes sei. Denn wie ich oben geschildert habe, kommt die legis actio per jud. post. in der That im Processe aus der sponsio der lex Silia vor, aber erst nachdem per cond. lege agirt worden war. Der Kläger hatte also nicht die Wahl, wie Gajus sich ungefähr die Sache denkt, ob er mittels jud. post. oder mittels cond. lege agiren solle, sondern er musste sich beider Processacte in dem einen Processe bedienen. Aber darin will ich Gajus wieder Recht geben, dass es in späterer Zeit den Parteien, gleichviel ob nur in gewissen, oder in allen Contractsklagen, freigestellt war, sofort zur jud. post. zu schreiten, also die legis actio per cond. ganz wegzu-

lassen[99]), und dieses neue und besondere Processverfahren wird man im Gegensatz zum Condictionsverfahren das Iudicispostulationsverfahren (im engeren und eminenten Sinne) genannt haben, so dass nun jedes eigene Processverfahren nach einer einzelnen legis actio benannt war, welche gleichwohl auch in einem anderen Processverfahren vorkommen konnte. Die legis actio per man. inj. bezeichnete das Processverfahren in personam aus bestimmten Gesetzen und daher nur in gewissen, altcivilen oder solchen nachgebildeten Fällen; die diesem Verfahren angehörigen Klagen zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwar in personam gehen, aber nicht auf dare (facere) oportere intendiren. Die legis actio sacr. bezeichnet vornehmlich den dinglichen Process; aber während man vergessen hatte, dass auch dieser mit der legis actio per man. inj. begann, hatte sich die Thatsache wenigstens in dunkler Erinnerung erhalten, dass auch in der zuerst genannten legis actio per man. inj. sacr. provocirt ward: daher vielleicht nennt Gajus die legis actio sacr. eine actio generalis. Die legis actio per cond. bezeichnet wieder ein Processverfahren in personam, innerhalb dessen weder per man. inj., noch sacr., wohl aber per jud. post. lege agirt ward, und die legis actio per jud. post. ein ebensolches, in welchem aber ausserdem noch die condictio ausgefallen war. Endlich die legis actio per pig. cap. bezeichnet eine bestimmte Abart des Vindicationsprocesses[100]).

§ 16.
Die Entstehung der Delictsobligation im römischen Rechte.

Wie das älteste römische Recht, ja noch das Zwölftafelrecht eine Contractsobligation im Sinne des späteren römischen

---

[99]) Es wäre interessant, zu wissen, wie Gajus die legis actio per jud. post. dargestellt hat; das betreffende Blatt fehlt leider in der Handschrift.

[100]) Beiläufig will ich noch zum Condictionsverfahren aus der lex Silia bemerken, dass nach meiner Darstellung desselben für die sponsio tertiae partis kein Raum ist, wie dies ja auch das Verfahren aus der lex Calpurnia beweist. Die Litteratur zu dieser Streitfrage s. bei Baron Cond. S. 186 N. 2, welcher selbst zwar meiner Meinung ist, aber aus einem unrichtigen Grunde: in der lex Silia handelt es sich auch immer nur um certa pecunia credita; s. oben S. 353 N. 80.

und heutigen Rechtes nicht kannte, so war dem Vorzwölftafelrechte auch eine eigentliche Delictsobligation fremd; und wie das nexum, in welchem wir den Typus der ältesten Contractsobligation zu erblicken haben, ein dingliches Rechtsgeschäft war, das dem Darleiher das Recht zur man. inj. gegen den Schuldner gab, so ist auch, wenn nicht für alle Privatdelicte, so doch für eine bestimmte Klasse derselben, nämlich für die Vermögensdelicte, anzunehmen, dass aus ihnen dem Beschädigten das Recht zur man. inj. auf den Delinquenten erwuchs. Was nämlich die Körperverletzung betrifft, so gaben die XII Tafeln bekanntlich dem Verletzten das Recht der Talion; aber wenn es auch dahingestellt bleiben kann, ob dieses Recht das ursprüngliche war, weil, wie wir sehen werden, das Privatdelictsrecht der XII Tafeln im Uebrigen ein neues, milderes war, als das frühere, so steht doch auch für diese Klasse der Privatdelicte fest, dass sie keine Obligation erzeugten, sondern nur ein dingliches Recht am Körper des Verletzers oder an Theilen desselben. Die Entstehung und Entwicklung der criminellen Delicte vollends zu untersuchen, ist hier nicht der Ort. Ich beschränke mich lediglich auf die Vermögensdelicte; doch wird auch hier der folgende Entwurf einer Entwicklung des Vermögensdelictsrechtes sich nur in engen Grenzen bewegen.

Bekker[1]) hat bereits die Vermuthung ausgesprochen, dass die man. inj. ursprünglich auch aus Vermögensbeschädigung Platz griffe, ja dass die Anfänge aller Privatdelictsverfolgung hier hinein zu verlegen wären. Allein es waren doch nur vereinzelte und „allgemeinere Wahrnehmungen, die freilich zum Theil nur mittels komplicirter Folgerungen ans Ziel führen", welche ihm seine Vermuthung nahelegten; aber gerade dieser Umstand bewog ihn, von jeder weiteren chronologischen oder dogmatischen Ausführung Abstand zu nehmen, ja dieselbe für unzulässig zu erklären. Wenn ich trotzdem an dieses Unternehmen heranzutreten im Begriff stehe, so glaube ich dazu berechtigt zu sein, nachdem ich eine feste Grundlage für dasselbe gewonnen habe. Dabei will ich nicht von dem zweifels-

---

[1]) Actionen I S. 87 N. 30.

ohne fruchtbaren Gedanken ausgehen, welchen auch schon Andere ausgesprochen haben[2]), dass nämlich alle actiones, quae infitiando crescunt in duplum (oder triplum, quadruplum) auf die man. inj. zurückzuführen sind; denn ohne „complicirte Folgerungen" wird dies allerdings schwerlich möglich sein. Ich werde nur einzelne Punkte des späteren Vermögensdelictsrechtes herausgreifen, welche einen einfachen Rückschluss auf das ursprüngliche Recht gestatten, und welche m. E. mit Sicherheit meinen Beweissatz erhärten.

Ich rechne hierher in erster Linie den Fall der addictio des fur manifestus. Nach Gajus III, 189 gehört derselbe noch dem Zwölftafelrecht an; später hatte ihn das praetorische Edict beseitigt. Zwar zweifelten nach Gajus Angabe die veteres, ob der abgeurtheilte fur manifestus wirklicher addictus und als solcher Sklave des Bestohlenen ward, oder ob er sich nur in der Lage eines adjudicatus befand, ein Unterschied, den ich schon oben[3]) klargelegt habe; indessen einerseits können wir diesen Zweifel der veteres nach der Entwicklung des Man.-Inj.-Rechtes gegen Bürger, welcher der nächste Paragraph gewidmet ist, wohl verstehen, andrerseits aber bürgt uns der ausdrückliche Bericht des Gajus wie auch eben diese Streitfrage dafür, dass die XII Tafeln die addictio vorgeschrieben hatten. Die addictio ist aber, wie ich genugsam bewiesen zu haben glaube, das praetorische Endurtheil im Vindicationsprocesse, und da dieser, wie ich gleichfalls dargethan habe, mit dem Verfahren der legis actio per man. inj. begann, so ist es unzweifelhaft, dass die actio furti manifesti der man. inj. anheimfiel, dass sie eine vindicatio des fur in servitutem Seitens des Bestohlenen war[4]).

Dieses Recht galt nach den XII Tafeln für den fur manifestus. Wann der Dieb ein solcher war, war nach Gajus III, 184 unter den classischen Juristen bestritten.

---

[2]) s. Keller Civilpr. § 19 N. 254.

[3]) S. 253, 254.

[4]) s. die bisherigen Ansichten und Zweifel hierüber bei Keller röm. Civilpr. § 15 N. 220. Voigt (XII Tafeln II § 136 N. 6) allein nimmt die man. inj. in diesem Falle als gewiss an.

Gajus zählt vier verschiedene Ansichten auf, von denen er die vierte, welche uns nachher beschäftigen wird, ohne Weiteres verwirft; die andern drei gehören zusammen: sie sind nur verschiedene Theorien über das eigentliche oder, wie es einige classische Juristen nach Gajus III, 194 nennen, natürliche furtum manifestum als dasjenige furtum, bei dessen Begehung oder unmittelbar nach dessen Begehung der Dieb ertappt wird. Nun aber ist dieser Begriff des furtum manifestum nicht der der XII Tafeln; nach diesen ist er ein weiterer. Die Fälle, welche nach den XII Tafeln unter den Begriff des furtum manifestum fallen, bezeichnen einige classische Juristen nach Gajus III, 194 als die gesetzlichen im Gegensatze zu dem obigen natürlichen, während andere Juristen sie überhaupt nicht dem furtum manifestum zuzählen, sondern nur das gelten lassen wollen, dass das Gesetz für sie die Strafe des furtum manifestum sanctionirte, sie also nur dem letzteren gleich behandelte. So schön dies gedacht ist, so werden wir doch sehen, dass die erstere Ansicht der geschichtlichen Wahrheit entspricht. Doch welches sind die fraglichen Fälle? Zunächst der Fall des furtum lance licioque quaesitum oder, wie ihn Gellius nennt, conceptum[5]), welcher allerdings zu Gajus Zeit längst abgekommen war. Diese quaestio war eine solenne, vom Gesetz genau vorgeschriebene Haussuchung bei demjenigen, in dessen Besitz der Bestohlene die Sache vermuthete; Jedermann musste sie sich gefallen lassen bei Vermeidung eines gewissen Rechtsnachtheils. Hatte die Haussuchung das gewünschte Ergebniss, ward die Sache bei ihm gefunden, so jubet id lex furtum manifestum esse, so dass auch hier der Besitzer der man. inj. und addictio verfiel. Gajus bringt hiermit die actio furti prohibiti in Verbindung, ohne dass er die weitere Bestimmung der XII Tafeln über diese kannte. Indessen, wir können aus dem Namen dieser actio und aus dem ganzen Zusammenhange bei Gajus schliessen, dass sie dann begründet war, wenn Jemand die Vornahme der solennen Haussuchung bei sich verweigerte. Er galt alsdann als confessus[6]), es ward so angesehen, als ob die Haussuchung statt-

---

[5]) Gajus III, 192, Gellius XI, 18, 9.
[6]) Voigt XII Tafeln II § 139 N. 14a.

gefunden und die gesuchte Sache zu Tage gefördert hätte, und daher war auch dies ein Fall des furtum manifestum. Damit stimmt überein, dass die actio furti prohibiti nach dem praetorischen Edicte auf das quadruplum ging, also auf dieselbe Strafe, welche ebenfalls das praetorische Edict nach Gajus III, 189 für das furtum manifestum aufgestellt hatte, während in den übrigen Fällen des furtum die Strafe nur auf das Doppelte oder Dreifache festgesetzt war. Hieraus ist zu schliessen, dass auch vor jenem praetorischen Edicte beide Fälle des furtum gleich bestraft wurden, d. h. dass in beiden die addictio stattfand.

Damit ist der Kreis der Fälle des furtum manifestum nach den XII Tafeln geschlossen. Daneben unterscheiden die XII Tafeln noch das furtum nec manifestum mit der poena dupli und, wenn man will, als Unterarten desselben[7]), das furtum conceptum und oblatum mit der poena tripli[8]). Allein dieses Strafensystem ist kein uraltes; es ist eine spätere Neuerung, vielleicht erst eine Neuerung der XII Tafeln selbst. Im Sinne des älteren Rechtes gab es nur ein furtum manifestum, war also die Diebstahlsstrafe stets die addictio. Nur insofern der Diebstahl auf verschiedene Weise „manifestirt" werden konnte, lässt sich die Unterscheidung zwischen dem furtum manifestum schlechthin und dem furtum conceptum (bez. prohibitum) aufstellen, während das furtum oblatum nur eine Unterart des furtum conceptum ist. Das furtum manifestum schlechthin wäre dasjenige, zu dessen Feststellung eine Haussuchung nicht nöthig wäre; es reicht also weiter als das sog. natürliche furtum manifestum, im Sinne von Gajus III, 184; in den übrigen Fällen findet eine Haussuchung statt, oder wird doch die geplante vereitelt, und wenn auch die Haussuchung das furtum zu einem manifestum macht, so könnte man doch dieses furtum im Gegensatze zu dem natürlichen furtum manifestum ein nec manifestum nennen; jenes ist an sich offenbar, dieses erst auf Grund eines besonderen Rechtsactes des Bestohlenen. Soweit wir also von einem furtum nec manifestum im ältesten Rechte

---

7) so Labeo nach Gajus III, 183.

8) Gajus III, 190, 191; IV, 173. Gellius XI, 18, 12, 15.

sprechen wollen, ist dieses doch ein ganz anderes als im späteren, genauer im Zwölftafelrechte, geradeso wie der Begriff des furtum manifestum schlechthin ein anderer war, als er nach den XII Tafeln aufzufassen ist. Aber wie gesagt, diese ganze Unterscheidung beruht nur auf der verschiedenen Art, auf welche der Diebstahl manifestirt werden kann; im Grunde giebt es nur ein furtum manifestum, also ein furtum schlechthin, welches immer manifestum ist, soweit es überhaupt verfolgbar ist; also besser: giebt es nur eine actio furti manifesti, eine actio furti schlechthin, und daher auch nur eine Diebstahlsstrafe: die addictio.

Zum Beweise dessen knüpfe ich an die bei Gajus III, 184 an vierter Stelle genannte und sofort von ihm verworfene Theorie über das furtum manifestum an; darnach liegt furtum manifestum vor, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit. Diese Ansicht steht im schroffen Gegensatze zu den drei ersten. Letztere erfordern einen zeitlich unmittelbaren oder noch unmittelbaren Zusammenhang zwischen That und Entdeckung; sie kommen alle darin überein, dass der Dieb noch bei der That selbst ertappt werden muss, während sie nur in der Frage, in welchem Augenblicke der Diebstahl als vollendet gilt, von einander abweichen. Die vierte Ansicht sieht davon ganz ab; ihr genügt es, wenn der Dieb überhaupt mit der Sache betroffen wird, mag die That auch schon lange Zeit vorher verübt sein, und darnach kommt es auch nicht darauf an, wo der Dieb mit der Sache betroffen wird, ob am Thatorte oder am Bestimmungsorte, oder sonstwo[9]). Wie erklärt sich

---

[9]) Dieselbe Definition des fur manifestus s. bei Ulpian lib. 41 ad Sab. in L. 3 pr. D. 47, 2: is, qui deprehenditur cum furto. Dies ist aber die alte Definition (furtum für res furtiva), welche Ulpian bei Sabinus, der selbst anders definirt (s. Gellius XI, 18, 11), referirt fand. In § 2 wirft Ulpian ausdrücklich noch die Frage auf, ganz im Sinne der obigen Definition, ob auch dann furtum manifestum vorliege, si alicubi, irgendwo (dies entspricht dem Gajanischen quandoque), fuerit deprehensus. Freilich verneint diese Frage Ulpian, und er bekennt sich mit Julian (und Sabinus) zu der dritten Meinung bei Gajus. Justinian sodann in § 3 J. 4, 1 hat die vierte Meinung mit der dritten combinirt; der Dieb muss mit der Sache gesehen worden sein, nicht irgend wann und wo, sondern auf dem Wege nach dem Bestimmungsorte, wenn furtum manifestum vorliegen soll; vielleicht lehnt sich Justinian

diese, man kann wohl sagen: von der Auffassung der classischen Jurisprudenz[10]) so grundverschiedene Ansicht? Ich kann nicht glauben, dass sie eine blosse Speculation, eine selbsterfundene Theorie eines classischen Juristen wäre; m. E. enthält sie ein Stück Rechtsgeschichte, stellt sie den Begriff des furtum manifestum nach älterem Rechte dar[11]), wenn sich auch bei Gajus keine Spur davon findet. Und dieser Begriff war gewiss ziemlich alt; kann doch von einer Dogmatik in der Rechtswissenschaft erst vom Zeitalter der classischen Juristen an geredet werden. Aber wir werden jener Definition des furtum manifestum nur gerecht werden, wenn wir die Worte rem tenens nicht so eng verstehen, als ob der Dieb mit der Sache in der Hand anzutreffen sei; sie wollen besagen, dass die gestohlene Sache im Besitze des fur angetroffen werden muss. Sodann aber liegt nur dann furtum manifestum vor, wenn der Besitzer auch wirklich der Dieb ist. Ist dies nicht der Fall, so ist gegen den Dieb selbst die actio furti nec manifesti begründet, während der Besitzer mit der rei vindicatio bez. condictio furtiva auf Herausgabe der Sache zu belangen ist. So liegt denn der vierten Meinung bei Gajus

---

an Ulpian a. a. O. an, nur dass letzterer nicht vom „gesehen werden", sondern immer nur unbestimmt vom deprehendi spricht. Und im Sinne solcher Combination fasst Voigt XII Tafeln II § 187 N. 24 unter c die vierte Meinung bei Gajus fälschlich auf; fälschlich, weil, wie gezeigt, Gajus von einer solchen Einschränkung nichts erwähnt und dies auch die Ausführungen des Ulpian erkennen lassen; wir haben uns an das quandoque des Gajus und das alicubi des Ulpian zu halten. Voigt hat sodann auch fälschlich Virg. Ecl. III, 17 und Servius zu dieser Stelle auf die vierte Meinung bezogen; denn hier handelt es sich nicht um ein blosses videre furem cum furto = cum re furtiva, sondern um ein videre furtum, dum fit, und dementsprechend um das bekannte clamare: prende furem; der Fall liegt ähnlich wie in L. 7 § 2 D. 47, 2 Celsus, wo auch von einem videre, aber auch eum surripientem die Rede ist.

[10]) Wie aus der vorhergehenden Note und den Belegen bei Voigt a. a. O. hervorgeht, vertritt kein einziger classischer Jurist von Sabinus an die vierte Meinung.

[11]) Die Meinung Voigts a. a. O., dass die vierte Meinung erst in classischer Zeit zufolge extensiver Interpretation (freilich sein Gewährsmann Justinian a. a. O. sagt auch: furtum manifestum extendendum est von unserem Falle) entstanden sei, glaube ich hinreichend widerlegt zu haben.

eine frühere und zwar weitere Auffassung des furtum manifestum zu Grunde.

Dass aber ursprünglich der Begriff des furtum manifestum ein noch weiterer war, dass unter ihn zunächst auch das furtum conceptum im Sinne des Gajus III, 186 fiel, lässt sich ebenfalls wahrscheinlich machen. Was heisst furtum conceptum? Es ist offenbar, dass zu Gajus Zeit der Ausdruck ein technischer war zur Bezeichnung eines ganz bestimmten Falles; nach Gajus III, 186 ist es der Fall, dass bei einem dritten Besitzer, also bei dem Nichtdieb, eine Haussuchung, und zwar nicht die alte quaestio per lancem liciumque, sondern eine einfachere, bequemere, deren Solennität nur in der Zuziehung von Zeugen bestand, stattgefunden hatte, und dass bei ihm die Sache auf Grund derselben gefunden war[12]). Allein dies war weder der ursprüngliche Begriff des furtum conceptum, noch war dieser so eng. Aus Gellius XI, 18, 9 wissen wir, dass auch das furtum lance licioque quaesitum der XII Tafeln ein furtum conceptum war; Gellius selbst nennt es ausdrücklich also. Demnach war auch beim Diebe selbst, und nicht nur bei einem Dritten, ein furtum conceptum möglich. Es wäre nun aber unrichtig, wenn wir hiernach unterscheiden würden ein furtum conceptum beim Diebe, welches durch die quaestio per lancem liciumque, und ein furtum conceptum beim dritten Besitzer, welches durch die einfachere Art der Haussuchung entdeckt worden ist. Es kommt darauf an, in welchem Verhältnisse die beiden Arten der Haussuchung zu einander standen. Ihering[13]) hat richtig in der einfacheren Art eine neue, jüngere Form gesehen; allein er nimmt ein Nebeneinanderbestehen beider nach dem Aufkommen der jüngeren Form an, in der Weise, dass die ältere die gesetzliche war, die jüngere nur „ein Vorschlag zur Güte". Diese Auffassung kann ich nicht theilen; m. E. trat überall die jüngere an die Stelle der älteren; erstere war nichts als die vereinfachte

---

[12]) Gellius XI, 18, 12 verweist leider auf ein uns nicht erhaltenes Buch des Sabinus; welchem Werke es angehört haben mag, darüber s. Karlowa Röm. Rechtsgesch. I S. 689.

[13]) Geist II § 32 N. 208.

Haussuchung der XII Tafeln. Eine aufgeklärtere Zeit liess den ganzen Pomp des lance licioque quaerere, welcher auch Gajus als lächerlich erscheint, fort, so dass nichts weiter übrig blieb, als die formlose Haussuchung vor Zeugen; denn dass auch solche bei der solennen Haussuchung zuzuziehen waren, ist wahrscheinlich, wie es z. B. auch Voigt als selbstverständlich annimmt[14]). Daher kennt Gajus die alte Form der Haussuchung nur als eine Antiquität aus den XII Tafeln, und die Art der Haussuchung, welche er beim furtum conceptum im Sinne der classischen Zeit erwähnt, war zu seiner Zeit auch beim fur selbst, und nicht nur beim dritten Besitzer, wie es dem oberflächlichen Blick erscheinen könnte, gebräuchlich; sie war die allgemeine Form der Haussuchung[15]). Wir ersehen schon hieraus, dass der Begriff des furtum conceptum von Gajus zu eng gefasst ist; auch gegen den Dieb selbst konnte furtum conceptum vorliegen; nur war es nach classischem Rechte gleichgiltig, ob die Haussuchung beim Diebe selbst oder beim dritten Besitzer stattgefunden hatte, da furtum manifestum im Sinne der classischen Zeit überall nicht angenommen ward, sondern eben eine besondere species des furtum, mit welcher auch eine besondere Strafe, die poena tripli, verknüpft war. Diese poena tripli war aber nicht principiell die Strafe für das furtum conceptum in seiner neuen Gestalt; sie braucht nicht nothwendig mit dieser aufgekommen zu sein; die Entwicklung, welche überhaupt mit dem Vermögensdelictsrecht vor sich gegangen war, führte auch für das furtum conceptum, in welcher Gestalt auch immer die Haussuchung stattgefunden hatte, zu einer Geldstrafe, wie ich noch nachher näher zeigen werde. War aber die neue Art der Haussuchung die allgemeine, gegen den Dieb, wie gegen den dritten Besitzer anwendbare, so muss vor ihrer Entstehung auch gegen den dritten Besitzer lance licioque das furtum gesucht worden sein; Gajus III, 192 erwähnt diese Art der Haussuchung allgemein

---

[14]) XII Tafeln II § 139 S. 571, 573.

[15]) Daher hatte die actio furti prohibiti zur Voraussetzung in älterer Zeit: die Haussuchung per lancem liciumque, zu Gajus Zeit die einfache Haussuchung bloss vor Zeugen.

als die gesetzliche der XII Tafeln. Dann war aber auch in jedem Falle das furtum conceptum nach den XII Tafeln ein furtum manifestum, und auch der dritte Besitzer wurde demnach dem Bestohlenen addicirt, gleichviel ob er bonae oder malae fidei possessor war, ob er Hehler war, oder ob der Dieb die gestohlene Sache bei ihm ohne sein Wollen und Wissen geborgen hatte. Es ist dies allerdings ein sehr strenges Recht; aber es ist nach der guten Erklärung von Voigt[16]) durchaus verständlich. Jedermann hatte strenge häusliche Aufsicht zu üben, und fand er in seinem Hause fremdes Gut, so soll er es nicht verheimlichen, sondern nach dem Berechtigten forschen, ev. ihm, wenn er es forderte, herausgeben; liess er es auf eine Haussuchung ankommen, so hatte er auch die Absicht, die gestohlene Sache für sich zu behalten, und dadurch machte er sich selbst zum fur, der durch die Entdeckung zum fur manifestus wurde. Gegen ihn ging deshalb mit Recht die Execution, die man. inj., und der wahre Dieb selbst blieb straflos.

So kennt das älteste Recht in der That nur ein furtum manifestum. Fur manifestus und daher fur war rechtlich nur derjenige, welcher, sei es auf Grund der Haussuchung, oder ohne solche, mit der gestohlenen Sache betroffen ward. Der Besitz der Sache war die Voraussetzung für die actio furti; ohne Besitz keine Haftung für furtum. Eine actio furti nec manifesti gab es nicht; das furtum musste erst manifest werden. Zu diesem Zwecke hatte der Bestohlene[17]) das Recht, bei Jedermann, bei dem er die Sache vermuthete, Haussuchung zu halten[18]). Hatte diese kein Ergebniss, so mag der Bestohlene bei einem andern Verdächtigen nachsuchen; fand er sie beim Verdächtigen, so war das furtum manifest, und dasselbe galt, wenn Jemand die Haussuchung wehrte. Solange der ursprüngliche, wahre Dieb oder der Bergende nec manifestus

---

16) XII Tafeln II § 139 N. 3.

17) d. i. nach älterem Rechte immer der Eigenthümer, richtiger der gewesene (Besitz-)Eigenthümer, da der Dieb bez. der dritte Besitzer als Besitzer zugleich Eigenthum, wenn auch schlechtestes Eigenthum hatte: s. Voigt XII Tafeln II § 137 N. 7.

18) Leist graecoital. Rechtsg. S. 306.

war, war eine Klage gegen ihn nicht begründet, weder die Strafklage, noch die vindicatio. Aber dieses Recht war infolge des Rechtes der Haussuchung ebenso erträglich wie erklärlich. Auf diesem Standpunkte stehen allerdings die XII Tafeln schon nicht mehr. Nur der Dieb selbst verfiel, wenn bei ihm die Sache, auf welche Weise auch immer, angetroffen ward, der man. inj.; der dritte Besitzer war straffrei, wenn er es nicht zur gesetzlichen, d. h. zur gezwungenen Haussuchung kommen liess; andernfalls ward auch ihm gegenüber furtum manifestum angenommen, aber die Strafe war eine besondere, mildere: die poena tripli. Gegen den Dieb selbst aber, falls er ermittelt ward, wurde noch eine actio furti nec manifesti, weil er eben nicht im Besitze der gestohlenen Sache war, auf das duplum gegeben[19]).

War das furtum nec manifestum ursprünglich straflos, traf die Diebstahlsstrafe ursprünglich nur den entdeckten Besitzer der gestohlenen Sache, so hatte auch der entdeckte dritte Besitzer ursprünglich keine Regressklage gegen den ersten Dieb; er hatte allein für die Folgen der benöthigten Haussuchung einzustehen. Die XII Tafeln aber hatten für den Fall, dass bei einem bonae fidei possessor die geborgene Sache gefunden ward, eine Regressklage eingeführt: die actio furti oblati[20]). Sie ging wie die actio furti concepti selbst auf das triplum: darin zeigt sich eben ihre Eigenschaft als Regressklage. Wir erinnern uns hierbei der actio depensi des vindex; auch sie war eine erst später eingeführte Regressklage[21]).

Wie nun nach diesen Ausführungen die actio furti ursprünglich überhaupt, später nur noch die actio furti manifesti eine vindicatio in servitutem in der Form der legis actio

---

[19]) Es kann dahingestellt bleiben, ob die actio furti nec manifesti mit der actio furti concepti cumulativ concurrirte oder nur dann begründet war, wenn der dritte Besitzer oder doch der dritte gutgläubige Besitzer freiwillig die Sache dem Bestohlenen herausgegeben hatte, also die actio furti concepti wegfiel.

[20]) Gajus III, 187, 191.

[21]) s. oben S. 315, 316.

per man. inj. war, so war auch dieselbe vindicatio bei dem andern Vermögensdelicte, der Sachbeschädigung, begründet[22]). Ich schliesse dies daraus, dass der alte[23]) Grundsatz: noxa caput sequitur sowohl auf den Diebstahl, als auch auf die Sachbeschädigung Anwendung erlitt[24]). Gerade aber die eigentliche Bedeutung dieses Grundsatzes, und dies ist der zweite Punkt, auf den ich hier eingehen will, beweist wiederum die Nichtexistenz der Delictsobligation im ältesten Rechte. Um unsern Grundsatz verstehen zu können, ist es unumgänglich, die Bedeutung von noxa und damit zugleich den vielbesprochenen begrifflichen Unterschied von noxa und noxia, welcher einmal existirt haben muss, wenn später auch beide Wörter geradezu identisch gebraucht werden, festzustellen. Voigt[25]), welcher hierüber eine genauere Untersuchung angestellt hat, fusst lediglich auf den Zeugnissen der Alten, und wenn auch dieser Weg trotz seiner Gefährlichkeit, die Voigt selbst nicht verkennt, zum Ziele führen könnte, so ist es doch gerathen, auch auf die Etymologie Werth zu legen. Mit ihrer Hilfe werden wir erkennen, dass in der That die von Voigt als die erste Gruppe aufgeführten Zeugnisse die älteste Bedeutung von noxia wiedergeben; freilich ist diese nicht die von „Schaden" oder „schädigende Handlung", wie Voigt annimmt. Gehen wir zunächst von der ältesten historischen Bedeutung von noxia aus, so ist das älteste Denkmal das Zwölftafelgesetz; hier wird in tab. XII, 2 die noxia ausdrücklich neben dem furtum genannt, und wie letzteres das Vermögensdelict des Diebstahles

---

[22]) Wäre die Ansicht von Huschke Nexum S. 142, Pernice Sachbeschädigung S. 105 u. A. richtig, dass noch aus der lex Aquilia mit man. inj. geklagt ward, so würde hiermit sofort meine Behauptung bewiesen sein; allein s. gegen diese Ansicht Voigt jus natur. IV Beil. XIX § 2 unter 3.

[23]) s. Voigt XII Tafeln I § 6 N. 9; übrigens für zu alt werden wir ihn in dieser Formulirung nicht halten dürfen, da das Wort noxa hier schon in einer jüngeren zweiten Bedeutung steht; s. unten Text vor N. 39.

[24]) s. die Belege bei Voigt Bedeutungswechsel (in Bd. VI der Abh. der phil.-histor. Classe der Kön. Sächs. Gesell. d. Wiss. S. 3 ff.) S. 184, dazu noch Servius bei Festus s. v. noxia und Gajus IV, 77.

[25]) a. a. O. S. 125 ff.

bezeichnet, so muss auch noxia den Begriff eines Delictes, und zwar eines Vermögensdelictes, nämlich des selbständigen Delictes der Sachbeschädigung[26]) vertreten. Auf diese Bedeutung führt nun auch die Etymologie. Noxa und noxia halte ich nicht für Substantiva, sondern für Feminina eines alten part. pass. noxus, bez. eines von diesem gebildeten Adjectivum noxius. Zu beiden ist ein Substantivum zu ergänzen, nämlich: res[27]). Noxa (res) wäre daher die geschädigte Sache. Was das Adjectivum noxius betrifft, so heisst dies in der classischen Latinität: schädlich, also schädigend, ist also activisch; allein ursprünglich dürfte es, seiner Ableitung von noxus entsprechend, passivisch gewesen sein, und dies geht auch z. B. aus der passivischen Bedeutung seiner beiden Composita obnoxius und innoxius (ursprünglich = unbeschädigt) hervor. Entsprechende Adjectiva in der activischen Bedeutung hat die lateinische Sprache von diesem Stamme nicht, sie werden ersetzt durch das Participium bez. die Participialform: nocens und innocens und hierin dürfte vielleicht die Erklärung der später (auch) activischen Bedeutung von noxius und innoxius liegen. Noxia (res) ist daher ursprünglich mit noxa (res) für uns so gut wie gleichbedeutend gewesen, und erst später gingen sie in ihren (technischen) Bedeutungen auseinander, um schliesslich wieder zusammenzutreffen. Der nächste Bedeutungswechsel lässt sich nun für noxia mit ziemlicher Sicherheit erklären; wir können hier denselben sprachlichen Vorgang beobachten, wie bei dem Worte furtum. Furtum heisst ursprünglich nicht Diebstahl, sondern (z. B. furtum quaesitum, conceptum, oblatum): res furtiva[28]). Man leitet das Wort gewöhnlich von fur ab und erkennt in diesem das griechische φωρ. M. E. aber ist furtum, ähnlich wie noxum, ein altes part. pass. von ferre an Stelle des späteren latum, und zwar das Neutrum, und bedeutet daher:

---

[26]) Wenn es nach Gajus in L. 238 § 3 D. 50, 16 u. A. (s. Voigt S. 128) omne delictum, jedes Privatdelict bezeichnet, so ist dies die jüngste Ausdehnung.

[27]) So auch Georges im Lat. Lexicon in den ersten Ausgaben; in den späteren ergänzt er causa und fasst er noxia activisch auf, was ich nicht für zutreffend halte; s. das Folgende.

[28]) s. Voigt XII Tafeln II § 137 N. 1.

das Gestohlene, also eben res furtiva. Geradeso, wie furtum später die Bedeutung des Diebstahls annahm, so auch noxia die der Sachbeschädigung; schon in tab. XII, 2 haben beide Wörter diese Bedeutungen. Der Grund dafür liegt darin, dass der römischen Sprache eigene Nomina für die abstracten Rechtsgriffe der Delicte sowie auch der Contracte grösstentheils fehlen, dass sie diese vielmehr durch die Nomina ihrer concreten Objecte ersetzen. Ich erinnere einerseits nur an die Körperverletzung: membrum ruptum, os fractum, andrerseits an das nexum oder mutuum (sc. aes), commodatum, depositum[29]). Auch das damnum injuria datum der lex Aquilia gehört hierher. Wenn es auch zweifelhaft sein kann, ob damnum, wie Ritschl[30]) mit vielem Rechte mir anzunehmen scheint, das Neutrum eines untergegangenen part. pass. von dare ist, so bedeutet doch der genannte Ausdruck nicht eigentlich das Delict der Sachbeschädigung, sondern den durch das Delict angerichteten Schaden selbst, und ich bemerke sogleich hier, dass, weil die lex Aquilia an die Stelle der alten noxia den neuen Terminus damnum injuria datum zur Vertretung des Begriffes der Sachbeschädigung setzte, auch noxia geradezu die Bedeutung von damnum: Schade annehmen konnte; so[31]) Servius bei Festus nach Huschke Jurispr. Antejust. [5] S. 93, wenn wir nicht hier lieber unter dem damnum das damnum injuria datum, also die Sachbeschädigung verstehen wollen.

Jene älteste Bedeutung von noxia = res noxia, die beschädigte Sache, wird nun bezeugt durch eine zweifelsohne alte Definition der Grammatiker bei Servius in Aen. I, 41 (s. Voigt a. a. O. S. 126): quidam — noxia id, quod nocitum accipiunt; denn nocitum ist nicht Schade, auch nicht die schädigende Handlung, sondern die geschädigte Sache, gleich furtum, damnum(?) u. dergl. Und sodann hat sich dieselbe Bedeutung noch in der Wendung: noxiam sarcire erhalten, welche ich für eine uralte ansehe,

---

[29]) Das entspricht ganz der auf das Sinnliche und Greifbare gerichteten Denkweise der Römer, derzufolge sie auch das Eigenthum für eine res corporalis erklären.

[30]) s. bei Voigt Bedeutungswechsel S. 142 und oben S. 305.

[31]) nach der Auffassung von Voigt Bedeutungswechsel S. 126.

weil sie mit sinnlicher Unmittelbarkeit die Ausbesserung der beschädigten Sache bedeutet; erst in übertragener Bedeutung wird sie gleich: par pari refenre, den angerichteten Schaden ausgleichen, wiedergutmachen gesetzt; in dieser Wendung hat also noxia die Bedeutung von: Schade erhalten, wobei es noch fraglich bleibt, ob diese Bedeutung dem Worte noxia allgemein beigelegt ward.

Die zweitälteste, übertragene Bedeutung von noxia als Sachbeschädigung werden wir überall da anzunehmen haben, wo die noxia, wie in tab. XII, 2, neben dem furtum genannt wird, und sodann in den Wendungen: noxiam nocere[32]), committere oder merere[33]).

Jüngere Bedeutungen von noxia sind dann noch: Verschuldung, culpa, oder schuldbare Handlung[34]) und: Privatdelict im Allgemeinen[35]).

Was sodann die ursprüngliche Bedeutung von (res) noxa betrifft, so bin ich geneigt, dieselbe in dem alten Ausdrucke noxae dare s. dedere wiederzuerkennen. Zwar ist in diesem Ausdrucke im Sinne der späteren Zeit noxae als Dativ aufzufassen, indem noxa hier Schadenersatz heisst[36]) und der Ausdruck besagt: zum Schadenersatz übergeben; Voigt[37]) vergleicht hiermit das doti, fiduciae, pignori dare. Allein diese Analogie ist doch nur sachlich zutreffend vom Standpunkte der späteren Zeit, während ich die sprachlichen Bedenken von Percine[38]) gegen eine solche Auffassung theile. Denn in jenen Wendungen doti, fiduciae, pignori, hypothecae, mancipio u.

---

[32]) wie servitutem servire, vitam vivere u. dergl.

[33]) Voigt Bedeutungswechsel S. 132 nimmt auch hier überall die Bedeutung von: Schade an. Für noxiam decernere bei Plin. h. n. XVIII, 3, 12 ist vielleicht decidere zu lesen; für ein analoges furtum decidere statt des gewöhnlichen damnum decidere fehlt mir ein Beleg.

[34]) Voigt Bedeutungswechsel S. 127, 134 ff. — Dass diese Bedeutung relativ jung ist, geht daraus hervor, dass der noxia ursprünglich kein bestimmter subjectiver Thatbestand eigen war.

[35]) Voigt Bedeutungswechsel S. 127, 128, 141; oben N. 26.

[36]) so im Allgemeinen richtig Voigt Bedeutungswechsel S. 133.

[37]) XII Tafeln II § 143 N. 1.

[38]) Labeo II S. 236 ff.

dergl. dare stellt das im Dativ stehende Wort ein Rechtsverhältniss, ein Recht dar, während die Schadloshaltung, der Schadenersatz zweifellos kein solches ist. Ich meine, dass noxae als ein ursprünglicher Genetiv aufzufassen ist, zu welchem etwa loco gehörte, bez. zu ergänzen ist, so dass noxae dedere heisst: an Stelle und damit als Ersatz für die res noxa übergeben. Wie dem aber auch sei, die privatrechtliche noxae deditio kam erst mit dem Zwölftafelrechte auf, wie sich nachher zeigen wird, und es ist nicht feststellbar, ob noch zu jener Zeit das Wort noxa seine ursprüngliche Bedeutung gewahrt hatte; möglich aber ist es, dass man auch schon vorher die deditio per patrem patratum als eine noxae deditio bezeichnet hätte. Jedenfalls nahm der Bedeutungswechsel von noxa eine andere Richtung, wie der von noxia, indem ersteres die aus der noxia, der Sachbeschädigung, hervorgehende Verhaftung des Thäters, sein Einstehen für das Delict und dann auch die Schadloshaltung, den Schadenersatz bedeutete, woraus sich dann die Bedeutung von Privatstrafe[39]) entwickelte, weil die noxae deditio als eine Privatstrafe aufgefasst ward. Jüngere Bedeutungen sind die von „Schade" und von „Schuld"[40]), und ich muss daher Pernice[41]) und Karlowa[42]) widersprechen, wenn sie die letztere Bedeutung für die eigentliche halten.

Nach dieser Begriffsentwicklung und -abgrenzung zwischen noxa und noxia komme ich wieder auf die Bedeutung des Grundsatzes: noxa caput sequitur zurück. Er bedeutet: die Verhaftung aus der noxia, das Einstehen für dieselbe, und später die Verpflichtung zum Schadenersatz folgt dem Thäter; es ist ähnlich gesagt, wie z. B.: obligatio cum capite ambulat. Setzt man statt der Wirkung, der Verhaftung aus dem Delicte, die Ursache, das Delict selbst, so ergiebt sich der ungefähr sinngleiche Satz: das Delict selbst haftet am caput[43]). In

---

[39]) Voigt Bedeutungswechsel S. 129, 137.

[40]) so richtig Voigt Bedeutungswechsel S. 129, 139 ff., 142.

[41]) Labeo II S. 236 ff.

[42]) Röm. Civilpr. S. 119.

[43]) So sagt auch Marcellus in L. 1 § 18 D. 16, 3 geradezu: et delicta et noxa caput sequuntur.

dieser Bedeutung ward der Satz verallgemeinert, indem man ihn auch auf das furtum, das andere Vermögensdelict, übertrug, so dass nun noxa von seiner urspünglichen Beziehung zur Sachbeschädigung völlig abgelöst ward. In dem Worte caput aber liegt ein Doppeltes. Caput heisst das Individuum, also auch das einzelne Thier (mit Rücksicht auf die pauperies); vom Menschen gesagt: die Person, und bedeutet in unserm Rechtssprichwort einerseits die Person im Gegensatze zum Vermögen, wie häufig und namentlich im Strafrechte, und andrerseits die bestimmte, einzelne Person des Thäters im Gegensatz zu allen anderen Personen. Darnach müssen wir unseren Grundsatz genauer dahin wiedergeben: das Delict haftet an der Person des Thäters selbst, und hiermit wird Zweierlei ausgesagt: er selbst und kein Anderer für ihn ist für sein Delict verantwortlich, dem Verletzten verhaftet, und: er selbst hat mit seiner eigenen Person, mit seinem Leib und Leben, mit seiner ganzen bürgerlichen Existenz, und nicht etwa mit seinem Vermögen einzustehen[44]).

Dies ist die ursprüngliche und eigentliche Bedeutung unseres Principes, welche allerdings zufolge der Entwicklung des Vermögensdelictsrechtes wesentlich verschoben ward; schon zur Zeit der XII Tafeln galt dasselbe nicht mehr in seiner ursprünglichen Reinheit. Denn die eine Seite desselben, dass nämlich der Thäter selbst für sein Delict haftet, ohne dass ein Anderer aus ihm verpflichtet wird, gilt für das Delict eines homo alieni juris, eines Hauskindes und Sklaven, nicht mehr, vielmehr wird aus demselben der pater fam. selbst in gewisser Weise verpflichtet. Dass aber der homo sui juris aus seinem Delicte allein verhaftet ist, versteht sich so von selbst, dass man diesen Satz gar nicht erst in unserm Principe begründet fand. Die andere Seite des Grundsatzes aber, dass der Thäter mit seiner eigenen Person und nicht mit seinem

---

[44]) Es empfiehlt sich daran zu erinnern, dass auch das sacrale Delictsrecht unter demselben Grundsatze: noxa caput sequitur steht, da der Uebelthäter selbst principiell der Gottheit verfiel, so zwar, dass auch hier in gewissen Fällen eine Lösung (durch expiatio) möglich war; s. oben S. 154 N. 55 und wegen der Lösung des Delinquenten nach Civilrecht oben das Folgende.

Vermögen haftet, gilt nach den XII Tafeln, abgesehen allein von dem Falle des furtum manifestum, wiederum nicht von dem homo sui juris, während dies für den familiaris von Anfang an klar ist, weil dieser kein eigenes Vermögen hatte. So hat denn der Grundsatz nach dem Zwölftafelrechte bereits eine ganz andere Bedeutung. Nach dem Gesagten bezog er sich nicht mehr oder ward er doch nicht mehr auf das Delict eines homo sui juris bezogen; man beschränkt ihn daher gewöhnlich auf das Delict der familiares lediglich mit Rücksicht darauf, dass der pater fam. sich durch noxae deditio des delinquirenden familiaris von seiner Verpflichtung lösen konnte, so dass in diesem Falle das Delict unmittelbar das caput des Thäters ergreift. Allein diese Einschränkung des Principes ist, wenn man dasselbe richtig versteht, auch nach dem späteren Rechte willkürlich, worauf schon Schmidt[45]) mit Recht aufmerksam gemacht hat; sie ist aber für das älteste Delictsrecht erst recht nicht zuzugeben. Schon die allgemeine Fassung desselben: noxa caput sequitur spricht dagegen, dass es nur für homines alieni juris aufgestellt worden sei; auch beweist der Fall des furtum manifestum, dass es auf die Gewaltfreiheit des Diebes gar nicht ankommt; auch der gewaltunterthänige für manifestus ward dem Bestohlenen addicirt. Die allgemeine Giltigkeit unseres Grundsatzes wird noch klarer werden, wenn ich den Nachweis erbringen werde, dass der pater fam. ursprünglich aus dem Delicte seines familiaris in keiner Weise verpflichtet ward, dass also der familiaris geradeso aus dem Delicte verhaftet ward, wie der pater fam. aus dem seinigen. Dies ergiebt sich noch aus dem späteren Noxalrechte. Gerade das Noxalrecht lässt gewichtige Rückschlüsse auf das frühere Recht zu; die eigenthümlichen Grundsätze desselben lassen noch deutlich erkennen, dass das Verfahren in Delictssachen die man. inj. war.

Zur Begründung dessen kann man verschiedene Ausgangspunkte wählen. Ich beginne mit der Wirkung, welche die noxae deditio eines Hauskindes im classischen Rechte hatte: der dritte Punkt meiner Beweisführung. Der noxae datus

---

[45]) Das Hauskind in mancipio S. 20 N. 75.

kam zufolge der in jure cessio oder, was das gewöhnliche ist, der mancipatio in die causa mancipii, d. i. in eine servilis conditio; er ward nicht gerade servus, aber servi loco. Die noxae datio hatten bereits die XII Tafeln in tab. XII, 2 dem pater fam. freigestellt, d. h. sie hatten ihm die alternative Verpflichtung auferlegt, entweder den Schaden zu ersetzen, oder das schädigende Individuum noxae zu dediren. Lassen wir zunächst die ursprüngliche Auffassung dieser alternativen Verpflichtung des pater fam. bei Seite und beschäftigen uns nur mit der Form der noxae datio! Pernice[46]) hat bezweifelt, dass die mancipatio die ursprüngliche Form derselben gewesen sei. Ich gebe ihm hierin Recht, glaube aber nicht, dass er das Richtige getroffen hat, wenn er die staatsrechtliche deditio durch den pater patratus als die Parallelform der ursprünglichen privatrechtlichen noxae deditio ansieht, sich also diese als einen sacralrechtlichen Act vorstellt. Hiergegen hat sich schon Schmidt[47]) zutreffend ausgesprochen; für mich fällt noch besonders ins Gewicht, dass jene alte sacrale noxae deditio von Pernice dem fas oder dem jus publicum, d. h. dem patricischen Sonderrechte angehört haben müsste; in diesem haben alle sacralrechtlichen Acte, man denke z. B. an die confarreatio und arrogatio, ihren Ursprung, und sie waren alle, wenigstens ursprünglich, auf die Patricier beschränkt. Ganz abgesehen aber davon, dass alsdann eine Form für die noxae deditio eines Plebejers ganz fehlte, so passt die noxae deditio überhaupt nicht, ebensowenig wie das nexum, auf die Patricier. Es ist nicht denkbar, dass ein Mitglied der herrschenden Adelsklasse Sklave eines andern Patriciers oder gar eines Plebejers werden konnte; denn dies würde doch die Analogie der staatsrechtlichen deditio erfordern; aber auch die servilis conditio eines Patriciers ist nach altem Rechte nicht möglich. Die noxae deditio weist durchaus auf den Ursprung im profanen jus civile hin; auch die mancipatio gehört diesem allein an. Wenn nun diese nicht die älteste Form der noxae deditio gewesen sein soll, welche war es dann? Die mancipatio

---

[46]) Labeo I S. 171.

[47]) Das Hauskind in mancipio S. 7 N. 25.

war ein relativ spätes Gebilde des nexum, wie ich oben ausgeführt habe; aus dem nexum, dem per aes et libram gestum in der einfachsten Gestalt, gingen in jure cessio und mancipatio hervor. Bevor die mancipatio, das nexum mit lex (emtionis) dicta, üblich ward, hatte der noxae dans die Wahl zwischen in jure cessio und nexum, und bevor auch die in jure cessio aufkam, war das nexum allein die Form für die noxae deditio. Freilich liegt darin eine Ungenauigkeit, ein Widerspruch; denn das nexum war nichts anders, als eine man. inj., eine vindicatio in servitutem. Sie war dies, gleichviel ob der pater fam. sie geschehen liess, oder ob er contravindicirte. Schon hieraus geht hervor, wenn wir uns die rein reipersecutorische Natur der vindicatio vergegenwärtigen, dass der delinquirende familiaris ursprünglich vom pater fam. gar nicht noxae dedirt ward, dass diesen gar keine Verpflichtung aus dem Delicte desselben traf, sondern dass der Verletzte unbekümmert um ihn und unabhängig von ihm sein Recht unmittelbar gegen oder auf den Verletzer geltend machte. Und zwar war die Art der Rechtsverwirklichung gegen den familiaris keine für diesen besondere, sie war vielmehr die allgemeine, auf welche auch der delinquirende pater fam. in servitutem vindicirt ward. Das nexum war der Vorläufer der mancipatio ex noxali causa, und so bestätigt sich denn die Allgemeingiltigkeit des oben besprochenen Grundsatzes: noxa caput sequitur. Gleichzeitig aber hat sich ergeben, dass der delinquirende familiaris ursprünglich nicht in die causa mancipii, in die servilis conditio bei dem Verletzten gelangte, sondern in das mancipium selbst, d. h. in die servitus, in das Eigenthum desselben, wie nach meiner Auffassung überhaupt die causa mancipii ein abgestorbenes mancipium war.

Dass das Vermögensdelict dem Verletzten das Recht zur vindicatio des Verletzers gab, lässt sich ferner noch aus der Stellung entnehmen, welche das Hauskind, bez. der Sklave der Noxalobligation des pater fam. gegenüber einnimmt. „Jene noxale Obligation des pater fam., sagt Voigt[48]), hat nun die Eigenthümlichkeit, durch eine obligatio rei vermittelt zu sein,

[48]) XII Tafeln II § 142 S. 586.

d. h. es knüpft die obligatorische Verbindlichkeit an ein durch die Obligation umstricktes Rechtsobject: an die res obligata, nämlich an das delinquirende Individuum selbst sich an", und an einem anderen Orte[49]) erklärt er das obligari rem als eine dinglich radicirte Verbindlichkeit. Das heisst doch, dass der Delinquent selbst dem Verletzten dinglich verhaftet war, dass letzterer ein dingliches Recht auf den Verletzer hatte. Freilich müssen wir dabei bedenken, dass das älteste dingliche Recht, das Eigenthum, Besitzeigenthum war, dass daher das Delict selbst den Delinquenten noch nicht dem Eigenthum des Verletzten unterwarf, dass dieser nicht ipso jure aus dem Delicte Eigenthum am Verletzer erwarb. Ipso jure erzeugte das Delict nur das Recht des Verletzten, den Verletzer in sein Eigenthum zu vindiciren, es gab ihm das jus nudum, welches sich erst durch die vindicatio, durch die solenne Besitzergreifung in der Form der legis actio per man. inj. in das Besitzeigenthum selbst umsetzte. Das Hauskind war auch nach der Begehung des Delictes noch ein freier Bürger, aber dem Anspruche des Verletzten gegenüber galt es als eine res, zunächst nur als eine res obligata, nach vollzogener vindicatio aber als eine res sua. So war auch der delinquirende Sklave immer noch eine res sua seines Herrn; aber er war eine dem Verletzten obligirte Sache, bis dieser durch die Verwirklichung seines Rechtsanspruches auf ihn eine res sua des Verletzten ward. Die obligatio rei bezeichnet daher nie das Rechtsverhältniss zwischen dem Eigenthümer und der Sache, aber sie bezeichnet ursprünglich das Rechtsverhältniss, kraft dessen der Berechtigte die von dem Rechtsverhältniss umstrickte Sache vindiciren kann. Obligare heisst an sich nur binden und im Rechtssinne rechtlich binden, die obligatio ist ein Rechtsverhältniss, welches allgemein ein Rechtsband darstellt[50]). Welcher Art dasselbe

---

[49]) XII Tafeln II § 114 N. 5.

[50]) Ebenso ist nectere vulgär soviel als vincire (Voigt XII Tafeln I § 64 hält diese Bedeutung auch für die juristische); im Rechtssinne aber ist es mit obligare gleichbedeutend, heisst also: Jemanden oder eine Sache dinglich verhaften oder verhaftet machen. Nexus ist der (aus einem nexum) dinglich Verhaftete, welcher sich allerdings durch Leistung von Aes von

ist, kommt im Namen obligatio nicht zum Ausdruck. Sie kann dasjenige Rechtsband bezeichnen, welches sich um zwei Personen schlingt, dergestalt, dass die eine der andern zu einem dare (facere) verpflichtet ist; dies ist die spätere technische Bedeutung der Obligation. Sie kann aber auch ein Rechtsverhältniss zwischen Person und Sache oder einer in Bezug auf dieses Rechtsverhältniss nur als Sache geltenden Person bezeichnen, und dies ist die ältere Bedeutung der Obligation. Und da das älteste volle Rechtsverhältniss zwischen Person und Sache das Besitzeigenthum ist, dieses selbst aber nicht unter den Begriff der obligatio fällt, so ist die obligatio dasjenige Rechtsverhältniss, welches zwar lockerer ist und nicht so unmittelbar, wie das Eigenthum selbst, welches aber doch das Recht enthält, das Eigenthum herzustellen, welches in der Mitte zwischen dem einzigen vollen Rechtsverhältnisse, dem Eigenthume, und dem Nichtberechtigtsein steht, und welches das Besitzeigenthum vermittelt. Ich habe dieses Recht ein jus nudum genannt, weil es nur in der Vorstellung existirt, ohne dass ihm ein sinnliches, greifbares Verhältniss, wie es der Besitz und nur dieser ist, zu Grunde liegt; es ist das Recht zur vindicatio. Es ist also nicht ein dingliches Recht selbst, aber ein dinglich geartetes, das dingliche Recht im embryonalen Zustande, und man kann es ein dinglich radicirtes Recht, eine dinglich radicirte Berechtigung nennen. Dieselbe ist vorhanden, gleichviel ob daneben noch eine Noxalobligation des pater fam. besteht oder nicht. Wo von einer obligatio

---

seiner dinglichen Verhaftung lösen kann; er ist derjenige, auf welchen der Gelddarleiher das jus vindicandi hat. Daher ist der nexus durchaus nicht mit dem addictus gleichzustellen; denn letzterer ist bereits vindicirt, ist Sklave. Ebenso ist das nexum (sc. aes) dasjenige Geld, welches erst vom Darlehnsempfänger vindicirt werden soll, aber bereits abgewogen vor ihm liegt, nicht das bereits von ihm vindicirte; dieses ist nicht nexum aes, sondern aes suum. Zwischen obligare und nectere scheint aber der Artunterschied bestanden zu haben, dass obligare auf die ipso jure eintretende dingliche Verhaftung aus einem Delicte, und zwar namentlich aus einem Vermögensdelicte, nach jus civile (während die gleiche Verhaftung nach Sacralrecht durch obstrictum esse bezeichnet worden zu sein scheint), nectere dagegen auf die aus einem Rechtsgeschäfte, dem nexum, stammende dingliche Verhaftung geht.

rei im Gegensatz zu der technischen obligatio personae im Privatrechte die Rede ist, da bezeichnet sie eine Art dinglicher Verhaftung der Sache, wie auch die Pfandsache eine res obligata genannt wird, das Pfandrecht aber zweifellos ein gewisses dingliches Recht ist. Auch das servitutenpflichtige praedium ist dinglich belastet und daher obligatum[51]). Aber geradeso, wie das Hauskind, der Sklave, das pecus quadrupes aus dem Vermögensdelicte bez. der pauperies eine dem Verletzten obligirte Sache wird, macht sich auch der homo sui juris aus demselben Delicte zu einer dem Verletzten dinglich verhafteten Sache, zu einem Objecte der Vindication desselben. Das Delict erzeugt für jeden Thäter eine und zwar dieselbe obligatio; aber dies ist nicht die Obligation im späteren Sinne sondern eine obligatio rei. Auch dieser Umstand beweist die relative Jugend der Delictsobligation.

Die wichtigste Eigenthümlichkeit der Noxalklagen ist die, dass der pater fam. non cogitur judicium suscipere, d. h. das Hauskind, den Sklaven, das pecus quadrupes zu defendiren; denn hierin stehen sie den actiones in rem gleich. Bekker[52]) hebt diese Eigenthümlichkeit ausdrücklich hervor; ja er hat sogar richtig erkannt[53]), dass die Verletzung selber zunächst nur ein Verhältniss des Verletzten zur verletzenden Sache begründet, und dass nur die Durchführung des Rechts des Verletzten ein gerichtliches Verfahren bedingt, das sich kehrt wider die Person desjenigen, der die Sache innehat, nicht wesentlich anders, als bei der Durchführung von Eigenthum und andern dinglichen Rechten, wenn er auch sogleich diesen Gedanken wieder aufgiebt und, was er selbst nicht weiter ausgedacht hat, den Römern fälschlich zurechnet. Stehen die zweifelsohne obligatorischen Noxalklagen der dinglichen Klage so nahe, so weist dies gerade darauf hin, dass die dingliche Klage, die vindicatio, die ursprüngliche Delictsklage gegen den Thäter gewesen ist. Freilich muss man dabei an die alte vindicatio des Legisactionsprocesses denken, welche im wahren

---

[51]) s. Voigt XII Taf. II § 114 in N. 5.

[52]) Actionen I S. 189.

[53]) a. a. O. S. 185.

Sinne nicht in personam, sondern in rem ging, d. h. welche sich an sich und von Vornherein nicht gegen einen Beklagten richtete, während die spätere vindicatio immerhin eine actio in personam, wenn auch nicht in der gewöhnlichen und technischen Bedeutung, war[54]). Im alten Vindicationsprocesse, im Verfahren der legis actio per man. inj., agirt der Vindicant zunächst lediglich in rem, mag die res eine wirkliche Sache oder ein Bürger sein; erst dadurch, dass ein Contravindicant aus freien Stücken ihm entgegentritt, entsteht das Rechtsstreitverhältniss zwischen Kläger und Beklagten. Nimmt man aber den Standpunkt ein, dass die alte Delictsklage die vindicatio in servitutem nach älterem Rechte war, so erklärt sich jene Eigenthümlichkeit der Noxalklagen in der That ganz natürlich; es kommt dann nur darauf an, der Entwicklung auf den Grund zu gehen, welche und wie sie zu dem Noxalrechte führte.

Stellen wir zunächst zur Bestätigung des Gesagten das Verfahren der man. inj. aus den Vermögensdelicten in kurzen Zügen dar, soweit es hier interessirt! Ich bespreche zuerst den Fall, dass ein civis, gleichviel ob er sui oder alieni juris ist, ein Vermögensdelict beging. In diesem Falle hat der Verletzte das Recht, den Thäter in servitutem zu vindiciren[55]). Das Man.-Inj.-Verfahren hat aber hier natürlich dieselbe Entwicklung durchgemacht, wie ich sie oben bei der Vindication des Nexumschuldners dargestellt habe. Demgemäss werden wir anzunehmen haben, dass ursprünglich die Rechtsverfolgung gegen den delinquirenden Bürger vor die Comitien gehörte, weil es dazu, dass ein Bürger Sklave eines andern werden sollte, der Sanction des populus, also einer lex bedurfte; später trat an die Stelle der addictio des populus die magistratische des Praetors. Sodann bildet die lex Vallia einen Abschnitt in der Geschichte

[54]) s. Bekker Actionen I S. 202; freilich wird die Erklärung: „die actio (in rem) haftet an der Person des Störers nicht als Person, sondern als Störer" wenig befriedigen.

[55]) gleichviel wie hoch sich der angerichtete Schade belief, bez. wodurch das furtum manifestirt wurde; auch bei der actio judicati, d. h. der man. inj. judicati oder pro judicato kommt es für die addictio auf die Höhe der Schuldsumme nicht an.

des Man.-Inj.-Verfahrens. Vor der lex Vallia gilt der Thäter lediglich als res, als Gegenstand der vindicatio, so dass er für sich selbst den Process nicht führen konnte, der Rechtsstreit vielmehr von einem Dritten, dem vindex, zu übernehmen war. Der vindex ist der Contravindicant, also derjenige, welcher der vindicatio in servitutem eine vindicatio in libertatem entgegensetzt; letztere war stets eine actio popularis, daher jeder processfähige Bürger als vindex auftreten konnte. Die moralische, sagen wir: die familienrechtliche Pflicht zum vindicere hatten die Verwandten, soweit sie processfähig waren; nicht processfähig dürften aber nach ältestem Rechte zunächst die Frauen, dann aber auch alle Gewaltunterworfenen gewesen sein, mögen sie mündig oder unmündig sein. Lege agere konnte nur derjenige, welcher die gewöhnliche legis actio vornehmen, d. h. ein meum esse behaupten konnte; dazu waren aber Hauskinder überhaupt nicht fähig. Von den Verwandten also hatten nur die gewaltfreien und zugleich mündigen die Pflicht zum vindicere; sie traf in erster Linie wohl die Agnaten, sodann aber auch vermuthlich die Cognaten. War der Thäter ein Hauskind, so war der pater fam. selbst der berufenste vindex. Unterlassene contravindicatio, falls die Begehung des Delictes zweifelhaft war, sowie auch unterlassener Versuch, bei zweifelloser Begehung desselben oder auch sonst mit dem (angeblich) Verletzten zu paciscieren, war eine Verletzung der Familienpflicht, für welche der Säumende dem Familiengericht verantwortlich war[56]). War das Delict notorisch, wie z. B. beim furtum manifestum, so wäre eine contravindicatio zwecklos gewesen, und daher wird sich in diesem Falle nie ein vindex gefunden haben; es konnte sich hier immer nur um den Versuch handeln, mit dem Verletzten ein pactum abzuschliessen, mit ihm ein angemessenes Lösegeld zu vereinbaren. Gelang dies dem pflichtigen Agnaten nicht, so hatte er wenigstens seine Schuldigkeit nach besten Kräften gethan. Im Uebrigen konnte der Thäter selbst, wenn er sui juris war,

---

[56]) Uebrigens konnte auch der Hausvater das (ausgelöste) Hauskind im judicium domesticum wegen furtum oder noxia strafen; s. Voigt XII Taf. II § 142 und § 94.

mit dem Verletzten paciscıren; nur für das Hauskind, welches ja kein eigenes Vermögen hatte, musste der pater fam. oder sonstwer, gleich als depensor, eintreten.

Die lex Vallia führte das Recht der manus depulsio für den Thäter ein, aber nur, insofern er sui juris war. Für das Hauskind, welches m. E. processunfähig war, musste immer noch der pater fam. als vindex eintreten; es wäre sonst nicht einzusehen, wie im späteren Rechte die Noxalobligation des pater fam. aus dem Delicte auch des mündigen Hauskindes hätte entstehen können. Für das Hauskind blieb also das alte Recht auch nach der lex Vallia unverändert in Geltung. Die lex Vallia begründete die erste Verschiedenheit in dem Rechte der von homines sui und alieni juris begangenen Vermögensdelicte.

Aus dem Man.-Inj.-Verfahren gegen den Verletzer verstehen wir nunmehr die Eigenthümlichkeiten der Noxalklagen, welche Bekker a. a. O. S. 189 angiebt. Was dort von dem pater fam., speciell von der Art seiner Processführung gesagt ist, gilt ursprünglich nicht bloss für ihn, sondern für jeden vindex, welcher den Delinquenten, mag dieser sui juris sein oder nicht, defendirt. Es gilt für ihn nicht sowohl in seiner Eigenschaft als pater fam., als in seiner Eigenschaft als vindex. Mag auch der pater fam. die familienrechtliche Pflicht haben, das Hauskind zu defendiren, so hat er doch nach gemeinem Rechte keine solche Pflicht, ebensowenig, wie jeder Andere, jeder Fremde. Er kann von Niemandem zur contravindicatio, und am wenigsten vom Vindicanten, gezwungen werden. Es ist sein eigener, freier Wille, als vindex aufzutreten, nicht anders, wie wenn ein beliebiger Dritter das fremde Hauskind in libertatem vindicirt. Die vindicatio in libertatem ist eben eine actio popularis, und daher nimmt der vindicirende pater fam. keine andere Stellung ein, wie jeder andere civis. Er contravindicirt lediglich als civis; das etwaige Familien-, Freundes- und sonstige Verhältniss zum Thäter kann das Motiv der contravindicatio sein, aber ein in der Sache selbst gleichgiltiges Motiv. Wie der Eigenthümer seine von einem Andern vindicirte Sache im Stich lassen kann, wie er nicht judicium suscipere cogitur, so kann auch der pater fam. die man. inj. auf seinen familiaris geschehen lassen. Die contravindicatio

liegt beidemal in seinem eigensten Interesse, und dieses zu wahren ist allein seine Sache. Contravindicirt er aber, so defendirt er nicht sich selbst, weil er nicht beklagt ist, sondern sein Hauskind; auch vom Eigenthümer heisst es, dass er mit der contravindicatio rem defendit. Und genau so liegt die Sache, wenn Jemand den delinquirenden pater fam. defendirt. Hingegen ist es nicht richtig, dass der vindex den Process nicht suo nomine führte, wie Bekker meint. Mit dem Eintritte in den Rechtsstreit ist der vindex der rechte Beklagte geworden und führt er den Process formell in eigenem Namen und, da der Verlust des Processes für ihn allein den Verlust der Sacramentssumme zur Folge hat, auch in seinem eigenen Interesse, mag er immerhin vom Thäter Deckung erhalten haben; nur soviel ist richtig, dass der vindex materiell und reell den Thäter selbst vertritt[57]).

Sonach ist das Delictsrecht in der ersten und zweiten Periode, d. h. vor und nach der lex Vallia, folgendes. Aus dem Vermögensdelict eines civis erwächst dem Verletzten das Recht zur vindicatio in servitutem. Vor der lex Vallia konnte den Thäter nur ein (tauglicher) vindex defendiren, d. h. ihn in libertatem vindiciren; nach der lex Vallia kann der Thäter, falls er homo sui juris ist, sich selbst mittels manus depulsio defendiren, während das Hauskind immer noch eines vindex, welcher hier regelmässig der pater fam. selbst ist, bedarf. Mit dem Verletzten zu paci sciren hingegen war stets nur der Thäter, welcher sui juris war, im Stande; für das Hauskind musste auch in dieser Beziehung ein Anderer und namentlich der pater fam. als der berufenste vindex oder depensor eintreten, beides vor wie nach der lex Vallia. Verpflichtet, das Hauskind zu defendiren oder für dasselbe zu pacisciren, war nach jus civile der pater fam. nicht; er war dazu vielmehr berechtigt. Unterliess er beides, so führte die unbestritten gebliebene vindicatio des Verletzten zur addictio des Thäters an ihn, durch welche das Hauskind Sklave des Verletzten ward und damit ipso jure aus der patria potestas seines bisherigen Hausvaters ausschied.

Mit der Darstellung der weiteren Entwicklung breche ich hier vorläufig ab, um noch von dem Falle zu sprechen,

[57]) s. Voigt XII Taf. I § 58 B.; dies gilt für den vindex allgemein.

dass ein Sklave ein Vermögensdelict begangen oder ein pecus quadrupes eine Sachbeschädigung, die hier pauperies heisst, weil die noxia ein zurechnungsfähiges Individuum voraussetzt, angerichtet hat. Auch hier hatte der Verletzte dem Principe: noxa caput sequitur gemäss die vindicatio, aber diese war natürlich keine vindicatio in servitutem [im objectiven Sinne[58])], sondern rei. Für sie galt ganz das Recht der gewöhnlichen rei vindicatio. Der vindex, d. i. der defendirende Contravindicant, war hier immer nur der Eigenthümer, bez. Jeder, welcher sich für eigenthumsberechtigt hält, wenn es auch gerade nicht der Vorbesitzer, der Besitzer zur Zeit des begangenen Delictes, war; die contravindicatio war also hier keine actio popularis, wie die (contra) vindicatio in libertatem: die libertas stand eben hier nie auf dem Spiele. Defensionsberechtigt war also nur derjenige, welcher ein meum esse behaupten konnte. Aber auch hier durfte der Eigenthümer die Familienpflicht gehabt haben, in zweifelhaften Fällen zu contravindiciren, weil er das (Familien-) Vermögen seinen Hauskindern unverkürzt erhalten musste.

Hatte endlich ein nicht zur familia i. e. S., sondern zur pecunia, nach neuerer Terminologie: nicht zu den res mancipi, sondern zu den res nec mancipi, gehöriges Thier oder eine leblose Sache einen Vermögensschaden angerichtet, so musste auch hier der Beschädigte das Recht zur vindicatio des schädigenden Etwas haben. Lässt sich auch auf dieses nicht gerade der Satz; noxa caput sequitur beziehen, so galt doch auch für dasselbe der Gedanke dieses Grundsatzes.[59]) Auch fiel der Schade weder unter den Begriff der noxia, noch auch der pauperies, sondern des damnum (factum, nicht datum), und die vindicatio auf Grund desselben war hier die pig. cap., an deren Stelle später in einem bestimmten Falle die cautio damni infecti trat; auch die pig. cap. war nach meinen obigen Ausführungen eine man. inj.

[58]) Im subjectiven Sinne ist auch die vindicatio eines servus eine vindicatio in servitutem, nämlich in die Sklaverei bei dem bestimmten Vindicanten.

[59]) s. Bekker Actionen I S. 185.

Als letzten Beweis dafür, dass die Klage aus dem furtum und der noxia ursprünglich die legis actio per man. inj. mit nachfolgender addictio des Thäters an den Verletzten war, führe ich noch das jus paciscendi an. Noch die XII Tafeln erwähnen dasselbe ausdrücklich für das furtum[60]), und es hat sich auch noch im classischen Rechte erhalten[61]); aber schon daraus ist zu schliessen, dass auch das pactum bei der noxia am Platze war, wenn wir auch keine directe Bestätigung dessen finden sollten.[62]) Demnach hatten die XII Tafeln vermuthlich in die von der noxia und dem furtum handelnden Gesetzen die Worte: ni cum eo pacit, welche für die actio membri rupti bezeugt sind, ausdrücklich aufgenommen; aber auch das damnum decidere des noxal verhafteten pater fam. gehört hierher.[63]) Freilich hat das pactum zur Zeit der XII Tafeln, welche für die meisten Fälle der Vermögensdelicte feste Geldstrafen oder doch nach bestimmten Normen zu berechnende Geldstrafen eingeführt hatten, einen ganz anderen Sinn wie früher. Zwar konnte es auch hier den Zweck haben, eine von der gesetzlichen Strafe abweichende, geringere zu vereinbaren; doch mehr noch diente es dazu, den Werth der gestohlenen Sache, bez. die Höhe des angerichteten Schadens, wonach sich die Höhe der Geldstrafe, bez. das Maass des Schadenersatzes bestimmte, in gütlicher Weise festzustellen, um dadurch die richterliche Würderung zu vermeiden. Vor den XII Tafeln aber hatte das pactum nur die erstere Function, nämlich die addictio des Thäters durch eine Vermögensleistung abzuwenden. Es war dies also dasselbe pactum, welches nach tab. III[64]) bei jeder Personalexecution, bei der man. inj. im

---

[60]) Ulpian L. 7 § 14 D. 2, 14: nam et de furto pacisci lex (sc. XII tab.) permittit.

[61]) s. Voigt XII Taf. I § 57 N. 29.

[62]) Eine indirecte Bestätigung kann man darin sehen, dass das pactum auch auf die injuria bezogen ward (s. Voigt a. a. O. N. 28), wenn man unter injuria auch das damnum datum der lex Aquilia und darnach auch die alte noxia versteht; vgl. L. 5 § 1 D. 9, 2.

[63]) Voigt XII Taf. I § 57 II A.

[64]) Gellius XX 1, 46, 47.

Allgemeinen, worauf sie sich auch immer gründen mag, ob auf Vertrag (nexum) oder auf Delict, Platz griff.

Von diesem jus paciscendi ging die spätere Entwicklung des Vermögensdelictsrechtes aus, welche zu dem Rechte führte, wie es in den XII Tafeln niedergelegt ist. Diese Entwicklung zeichnet sich zunächst durch eine Specialisirung der einzelnen Thatbestände und dementsprechend durch die Normirung einer nach den Umständen verschiedenen Haftung aus, während früher in allen Fällen die Haftung die gleiche dingliche war. Dies hatte zur Folge, dass jetzt gewisse Thatbestände der noxia und des furtum in Criminalverbrechen übergingen[65]), während früher alle Vermögensdelicte Privatdelicte waren. Sie zeitigte sodann eine wahre Delictsobligation für alle Fälle der Vermögensprivatdelicte bis auf den einzigen des furtum manifestum, rief insbesondere auch die Noxalobligation des pater fam. ins Leben, und endlich, was damit zusammenhängt, zog sie die Einführung der Vermögensstrafe nach sich. Diese ganze Entwicklung knüpft, wie gesagt, an die Sitte des Paciscirens an und ward durch die Praxis des priesterlichen judicium bez. des Centumviralgerichtshofes aller Wahrscheinlichkeit nach vermittelt, welche ihrerseits wiederum auf die praetorische Praxis zurückwirkte. Ich werde den Gang dieser Entwicklung in der Hauptsache für die noxia eines Gewaltfreien darstellen; ihr parallel geht die Entwicklung der Haftung aus dem furtum, sowie auch die der Noxalobligation.

Die noxia gab ursprünglich dem Beschädigten principiell das Recht zur man. inj. auf den Thäter: letzterer konnte, vorausgesetzt, dass er sui juris war, nur durch Eingehung eines pactum mit dem Beschädigten die addictio von sich abwenden. Der Beschädigte hatte es aber vollständig in seiner Hand, ob er ein pactum überhaupt eingehen, und wie hoch er im Falle seiner Bereitwilligkeit das Lösegeld veranschlagen,

---

[65]) Für die noxia s. Voigt XII Taf. II § 131 S. 530; für das furtum dens. § 136 S. 549, wohin auch das furtum manifestum des Sklaven gehört, welcher nach Gellius XI, 18, 8 e saxo praecipitatur. Ueberdies ist auch die verberatio des freien fur manifestus eine öffentliche Strafe.

in welcher Weise er den Lösungsmodus festsetzen wollte. Schlug er jedes pactum aus, oder unterwarf sich der Thäter oder etwa ein Anderer für ihn nicht den gestellten Bedingungen, so nahm die strenge Gerechtigkeit ihren Lauf und führte unerbittlich zur Vernichtung der bürgerlichen Existenz des Thäters. Hier aber griff die richterliche Praxis in ähnlicher Weise mildernd ein, wie ich es oben bei der pig. cap. dargestellt habe: sie schuf ein Einlösungsrecht des Thäters. Das judicium erkannte dem Thäter das Recht, sich durch eine Vermögensleistung von seiner dinglichen Verhaftung zu befreien, zu und statuirte damit die Pflicht des Beschädigten, mit dem Thäter, falls dieser überhaupt von diesem seinen Rechte Gebrauch machen wollte oder konnte, ein angemessenes pactum abzuschliessen, von ihm eine angemessene Lösungssumme oder ein sonstiges Satisfactionsobject anzunehmen, widrigenfalls das judicium, vorausgesetzt natürlich, dass der Thäter (mittels manus depulsio) contravindicirt und contra sacr. provocirt hatte, des Vindicanten sacr. für injustum erklärte und ihm damit jeden Anspruch auf und gegen den Thäter absprach. Welche Art der Lösung sah aber das judicium für angemessen an? Die actio noxiae enthielt im Gegensatze zur actio furti kein poenales Element, weil die noxia begrifflich kein doloses Delict war, wie das furtum; etwaiger dolus war gleichgiltig, nur dass das spätere Recht das Delict da, wo der dolus relevirte, zu einem Criminaldelict gestempelt hatte. Demgemäss war die actio noxiae lediglich reipersecutorisch; man erkannte und erkannte an, dass dem Beschädigten genug gethan sei, wenn er für den erlittenen Schaden vollständig entschädigt sei.[66]). Die naturgemässe Art, den Schaden wieder gut zu machen, war die Reparatur desselben in natura: noxiam sarcire, „sei dies Ausbesserung, somit Wiederherstellung der Integrität der verletzten Sache, sei es Leistung eines stellvertretenden Duplicates der zerstörten Sache".[67]) So bildete sich der Grundsatz aus, dass der Thäter

---

[66]) Eine singuläre Ausnahme s. bei Voigt XII Tafeln II § 131 a. E. und § 134.

[67]) Voigt a. a. O. § 131 N. 18.

das Recht habe, sich durch das noxiam sarcire von seiner dinglichen Verhaftung zu befreien, aber auch nur das Recht, nicht die Pflicht, so dass von einer Obligation auf ein dare facere hier noch nicht die Rede sein kann. Der Verletzte hat nicht das Recht, Schadenersatz vom Thäter zu fordern; grundsätzlich ist sein Recht einzig und allein das Recht auf man. inj.; aber er hat im Gegentheil die Pflicht, das Lösungsrecht des Thäters gegen sich gelten zu lassen. Es ist genau dasselbe Verhältniss, wie wir es oben beim Darlehnsnexum in seiner zweiten Entwicklungsstufe kennen gelernt haben: der Darleiher hat kein Forderungsrecht auf das gegebene aes certum, sondern der Empfänger hat das Recht, sich durch das Angebot desselben (mit den vereinbarten Zinsen) zu lösen, und eine ebensolche Bewandtniss dürfte es mit der Umwandlung des dem am Körper Verletzten zustehenden Talionsrechtes in Geld gehabt haben[68]. Die angegebene Praxis des Gerichtshofes, welche dieses recht eigentliche jus paciscendi, wie es Gellius[69] richtig nennt, einbürgerte, wird ihrerseits die praetorische Praxis ins Leben gerufen haben, dass der Praetor dem Verletzten die legis actio per man. inj. denegirte, falls sich aus den unsolennen Vorverhandlungen, ev. durch Anhörung der mitgebrachten Zeugen, ergeben hatte, dass ihm der Thäter die Reparirung des Schadens angeboten, jener sie aber nicht angenommen hatte, oder falls sich der Thäter noch vor dem Praetor hierzu bereit erklärte. Daher wird der Verletzte das ihm vom Verletzer vorgeschlagene pactum über den vollen Schadenersatz stets angenommen haben. Dieses jus paciscendi billigte die Praxis aber nicht nur dem von Anfang an geständigen Thäter zu, sondern auch demjenigen, welcher

---

68) Sextus Caecilius bei Gellius XX, 1, 37, 38, dessen Bericht man gewöhnlich folgt (z. B. Karlowa Röm. Civilpr. S. 116, Voigt XII Tafeln II § 154 N. 9), scheint mir dies missverstanden zu haben. Die Sache lag m. E. so, dass, falls der Verletzer depecisci noluerat, der judex talionem imperabat; aber später ward hier (wie auch bei den Vermögensdelicten) aus dem jus paciscendi des Thäters eine Verpflichtung zum litis aestimationem sufferre, entstand auch hier eine wahre Delictsobligation, so dass nun Klage und Urtheil nur auf die litis aestimatio, nicht mehr auf talio gingen.

69) XX, 1, 46.

das Delict zu Unrecht bestritten hatte, und gegen den daher die sententia judicii ausgefallen war, dem judicatus; denn die XII Tafeln gewährten diesem gleichwie dem in jure confessus eine dreissigtägige und nach dieser noch eine zweite sechzigtägige Lösungsfrist.

Das noxiam sarcire des Thäters beruhte demnach ursprünglich nicht auf einer Verpflichtung ex lege, sondern auf dem pactum, auf freier Vereinbarung der Parteien, nur dass das pactum allmählich für den Thäter ein freiwilliges, für den Verletzer ein gezwungenes wurde. Dieser Gedanke ist bereits von manchen Neueren ausgesprochen worden; ich verweise namentlich auf die Ausführungen Iherings: die Rache und die Entstehung der Privatstrafe[70]), aus denen ich den einen Satz hervorhebe: die Privatstrafe (poena) der späteren Zeit ist nichts als eine Fixirung des Lösegeldes[71]).

Ich will aber hier noch eine Bemerkung über die Natur dieses pactum einschalten. Man setzt dasselbe dem späteren pactum gleich, erklärt es also für einen Consensualvertrag, als eine blosse Vereinbarung, dass der Thäter noxiam sarcire soll. Dies kann aber nicht richtig sein. Das pactum soll das Recht des Verletzten auf man. inj. zum Untergang bringen: (legis) actio ipso jure tollitur[72]); wie ist dies aber möglich, da ja das pactum selbst klaglos war? Nicht die blosse Vereinbarung der Schadenersatzleistung wirkte befreiend, sondern das noxiam sarcire selbst, also die Leistung des Satisfactionsobjectes, bez. des Lösegeldes. Darnach ist das pactum nach späterer Terminologie ein Realvertrag; natürlich musste der Inhalt desselben vorher festgestellt sein, aber diese Abmachung fällt nicht unter den Begriff des pactum, des Friedensschlusses; der Friede ist erst mit der bewirkten Auslösung des Thäters

---

[70]) Geist I § 11a.

[71]) a. a. O. N. 38, 39. Kuntze Cursus § 717 erklärt die Geldbusse für das furtum nec manifestum nach den XII Tafeln ebenfalls als eine gesetzlich bestimmte Sühne, d. h. als einen gezwungenen Sühnevertrag; s. auch Excurse S. 147 N. 3. Aehnlich Bekker Actionen I S. 170 N. 4. Dasselbe muss aber auch vom furtum conceptum und der noxia gelten.

[72]) Voigt XII Tafeln I § 57 N. 34.

geschlossen. Bestätigt wird dies noch durch Zweierlei. Wer das pactum abschliesst, ob der Thäter oder für ihn ein Anderer, ist gleichgiltig; für das Hauskind muss es stets ein Anderer. Dieser Andere ist der depensor, der vindex, welcher, falls er erst nach geschehener gerichtlicher vindicatio zahlt, zum Zwecke der depensio den Ergriffenen in libertatem (contra) vindicirt. Die depensio selbst ist das pactum. Sodann der Nexumschuldner befreite sich auch nur durch Leistung des aes certum von seiner dinglichen Verhaftung; ein blosses Zahlungsversprechen genügt nicht, kann die Execution wohl hinausschieben, aber nicht ganz abwenden. Und wie der Darleiher das angebotene aes certum durch das nexum, d. h. das per aes et libram gestum mit nachfolgender vindicatio in sein Eigenthum bringt, so werden wir auch hier annehmen müssen, dass der Verletzte das ihm angebotene Ersatzobject vindicirt, es mittels nexum erwirbt; ja vielleicht gilt dies auch für die ausgebesserte Sache. Somit stellt sich das pactum als das nexum, als Eigenthumserwerb in der gewöhnlichen Form der man. inj. mit stillschweigender Zustimmung des Besitzers, hier des Thäters, dar.

Uebrigens konnten beide Theile zum Pacisciren bereit sein, ohne dass sie doch über den Inhalt des pactum, also über die Höhe und den Umfang des angerichteten Schadens, und somit über die Angemessenheit der Schadloshaltung sich einigten; es konnte unter den Parteien streitig sein, z. B. inwieweit der Thäter die beschädigte Sache auszubessern hatte, damit sie wieder ihren vorigen Werth erhielte, oder ob der angebotene Sklave gleichwerthig war mit dem etwa culpos getödteten. Kam hierüber eine gütliche Einigung nicht zu Stande, so musste der Richter den Inhalt des abzuschliessenden pactum festsetzen. Der Process war alsdann nicht die legis actio per man. inj. — denn mit dieser kam ja der Verletzte nicht durch, wenn der Thäter noxiam sarcire wollte, — sondern die legis actio per arbiti postulationem[73]). Es war nicht anders, als wenn bei der gewöhnlichen rei vindicatio der Vindicienempfänger falsam vindiciam tulerat, die Sache aber bei ihm verschlechtert oder

---

[73]) Voigt XII Tafeln II § 181 a. E.

untergegangen war und es nun streitig war, wieviel oder was er an Stelle des Vindicationsobjectes an den Sieger zu leisten habe. Der arbiter, bez. die tres arbitri hatten die Aufgabe, den Schaden in aes zu würdern[74]); damit wurde der Inhalt des pactum festgesetzt; aber durch die richterliche Schätzung ward das Recht des Thäters auf noxiam sarcire in das Recht, aes certum zu leisten, umgesetzt. Einer Verurtheilung des Thäters auf aes certum bedurfte es im Uebrigen nicht; denn leistete der Thäter die festgesetzte Geldsumme nicht freiwillig, so verweigerte er eben damit das pactum, so machte er von seinem jus paciscendi keinen Gebrauch, und für diesen Fall trat das Recht des Verletzten auf man. inj. gegen ihn wieder in volle Wirksamkeit[75]).

Der Abschluss der Entwicklung war hier der nämliche, wie beim Darlehnsnexum: aus der Berechtigung des Thäters zum noxiam sarcire, d. h. eigentlich pacisci, entstand eine Verpflichtung, so zwar, dass der Verletzte in erster Linie das Recht hatte, Schadloshaltung zu verlangen, und erst subsidiär das Recht zur man. inj. Dies war nun das materielle Recht der XII Tafeln, und es ist nicht zu bezweifeln, dass diese darüber ein besonderes Gesetz enthielten. Besonders interessant ist aber das Processverfahren, welches nach den XII Tafeln aus der noxia gegeben war. Waren die Parteien auch schon nach früherem Rechte, falls der Verletzer sein Delict nicht bestreiten konnte noch wollte, sofort zur legis actio per arbitri postulationem geschritten, so ward jetzt unter dem Einflusse, den das Recuperationsverfahren im Ganzen auf den römischen Legisactionsprocess ausgeübt hatte, für alle Fälle die legis actio per jud. post. die zuständige legis actio, so zwar, dass das vor diesem Processacte liegende Processverfahren kein Legisactionsverfahren, insbesondere nicht mehr das Man.-Inj.-Verfahren mit man. depulsio, sondern ein recuperatorisches

---

[74]) Voigt a. a. O. N. 19.

[75]) So ist auch die man. inj. gegeben gegen den im judicium unterlegenen Vindicienempfänger, sowie gegen seine praedes litis, wenn sie nicht dem arbitrium gemäss das duplum des Werthes der untergegangenen etc. lis dem Gegner freiwillig leisteten; s. oben S. 266.

war. Wie jeder Process, so begann auch dieser mit der in jus vocatio; in jure sodann machte der Kläger seinen auf noxiam sarcire förmelnden Klaganspruch geltend, welchem der Beklagte ein negare entgegensetzte, worauf es, wie es scheint, nicht erst zur Vertagung der Sache mittels legis actio per cond. kam, sondern sofort zur legis actio per jud. post.; wobei der vom Praetor bestellte judex zugleich als judex i. e. S. und als arbiter fungirte; sein Urtheil war eine absolutio oder condemnatio (pecuniaria). Confitirte aber der Beklagte, so kam es nichtsdestoweniger auch hier zur legis actio per jud. post. und zu einer condemnatio. Hieraus erklärt es sich, dass seit den XII Tafeln sämmtliche Delictsklagen mit Ausnahme der actio furti manifesti (s. nachher), soweit aus ihnen lege agirt ward, der legis actio per jud. post. zufielen.

Die parallele Entwicklung, wie ich sie soeben für die Haftung aus der noxia dargestellt habe, hat natürlich auch die Haftung aus dem furtum durchgemacht. Wenn ich diese jetzt in kurzen Zügen, soweit erforderlich, zeichne, so setze ich auch hier vorläufig noch den Fall voraus, dass der Dieb sui juris war. Aus der Sitte des Paciscirens war das jus paciscendi, das Lösungsrecht des fur, und aus diesem wiederum die Delictsobligation hervorgegangen. Da aber die actio furti nicht reipersecutorisch war — zur Wiedererlangung der gestohlenen Sache hatte der Bestohlene die rei vindicatio, neben welche später die condictio furtiva trat, — sondern poenal und daher ein noxiam sarcire ausgeschlossen war, so griff die Praxis hier sofort zu der Vermögensstrafe, und zwar bestimmte sie dieselbe je nach der Schwere des furtum nach gewissen Procentsätzen des Sachpreises der res furtiva, indem sie theils das duplum (für das furtum nec manifestum), theils das triplum (für das furtum conceptum und oblatum) festsetzte. Nur in dem schwersten Falle des furtum, dem des manifestum und próhibitum, war ein Lösungsrecht des Diebes nicht eingeführt, wenngleich auch hier paciscirt werden konnte; nur war eben der Bestohlene nicht zur Annahme des pactum, so günstig es für ihn auch sei, verpflichtet. Hier blieb daher das alte Recht bestehen; die XII Tafeln haben ausdrücklich das Recht des Bestohlenen auf man. inj., bez. auf addictio be-

stätigt[76]). Als aber einer späteren Zeit diese Strafe zu hart erschien, substituirte ihr das praetorische Edict nach Gajus III, 189 in sachgemässer arithmetischer Progression die poena quadrupli, so dass auch in diesem Falle eine Delictsobligation des Diebes besteht[77]).

Es bleibt noch übrig, die Entstehung der Noxalobligation des pater fam. aus den Vermögensdelicten seiner familiares, seines Hauskindes, seines Sklaven und seines Hausthieres, sofern dieses res mancipi war, zu erklären. Wir haben gesehen, dass der pater fam. der berufenste vindex seiner familiares war, sei es nun, dass er ihre dingliche Verhaftung aus dem Delicte, weil dieses selbst, bestritt, sei es, dass er sie von derselben durch depensio, d. h. durch den Abschluss eines pactum befreite. Auch hier bildete sich die Praxis aus, dass der pater fam. berechtigt war, durch das noxiam sarcire bez. durch die Leistung des duplum oder triplum des Werthes der gestohlenen Sache den Delinquenten auszulösen, mit Ausnahme allein des furtum manifestum. Es war aber lediglich sein Recht, nicht seine Pflicht; wollte er nicht pacisciren, so hatte der Bestohlene das Recht auf man. inj. Und ebensowenig hatte er die Pflicht zu contravindiciren. Der Verletzte hatte nur ein Recht auf den familiaris, nicht gegen den pater fam.; es hing vielmehr von diesem ab, ob und wie er den Delinquenten defendiren wollte. Von einer Noxalobligation ist in diesem Stadium noch keine Rede. Aber gleichwie die Entwicklung des Vermögensdelictsrechtes zu einer Delictsobligation des gewaltfreien Delinquenten in der neueren Bedeutung der Obligation (dare facere oportere) führte, so brachte auch hier eine ähnliche Entwicklung die Noxalobligation des pater fam. zu Wege, nicht ohne dass der Character dieser Noxalobligation im Laufe der Zeiten wesentliche Wandlungen erfuhr. Wie die Einlösungsberechtigung des gewaltfreien Delinquenten in eine Einlösungsverpflichtung überging, so nahm auch die Einlösungs-

---

[76]) Daher entsteht auch in diesem Falle keine Noxalobligation.

[77]) vgl. hiermit die Entwicklung der Haftung aus den leges Publilia Furia testamentaria und Marcia oben S. 338.

berechtigung des pater fam. den Character einer Verpflichtung an; aber während im ersteren Falle die Einlösungsverpflichtung den einzigen Inhalt der Delictsobligation bildete und erst, wenn der gewaltfreie Delinquent der durch confessio in jure oder Judicat constatirten Verpflichtung nicht nachkam, die man. inj. als die gewöhnliche Execution an ihn herantrat, hatte die Einlösungsverpflichtung des pater fam. ihre ursprüngliche Bedeutung als einer Einlösungsberechtigung nie ganz verloren. Dies hat darin seinen Grund, dass für die Noxalobligation der Grundsatz: noxa caput sequitur möglichst gewahrt ward. Principiell sollte der pater fam. aus dem Vermögensdelicte seiner familiares keinen andern Schaden erleiden, als denjenigen, welchen er vorher durch die man. inj. erlitten hatte[78]). Daher ging seine Verpflichtung in erster Linie auf noxae dedere; die noxae deditio in der Form der in jure cessio oder mancipatio hatte denselben Effect, wie früher die man. inj.: der noxae datus kam in das mancipium des Verletzten, vorausgesetzt natürlich, dass nicht schon aus anderweiten Gründen an die Stelle des mancipium selbst die causa mancipii getreten war. Waren doch in jure cessio wie mancipatio nur Rechtsgeschäfte in der Form des nexum, und war dieses ursprünglich die man. inj. selbst! Wie bei der man. inj. der pater fam. sich passiv verhält, wenn er seinen familiaris nicht defendiren wollte oder konnte, so steht er auch der in jure cessio und mancipatio gegenüber. Nur insofern besteht ein Unterschied, als die blosse man. inj. des ältesten Rechtes in diesem Falle Rechtsverfolgung, die in jure cessio und mancipatio Rechtsgeschäfte sind; aber darin kennzeichnet sich ja eben das neuere Delictsrecht, dass der pater fam. aus dem Delicte seiner Gewaltunterworfenen obligatorisch verpflichtet ward, diese Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Dies war daher die principale, ihm auferlegte Verpflichtung; die Einlösungsverpflichtung, die Verpflichtung zum litis aestimationem sufferre, welche im Uebrigen denselben Inhalt hatte, wie die des gewaltfreien Delinquenten,

---

[78]) Ulp. L. 2 pr. D. 9, 4: nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat; Gajus IV, 75: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.

so dass sie auf noxiam sarcire, bez. auf die Leistung des duplum bez. triplum, später auch quadruplum des Werthes der gestohlenen Sache ging, war die secundäre und subsidiäre, ihm nachgelassene, wie dies schon Pernice[79]) richtig erkannt hat. Das Festhalten des Grundsatzes: noxa caput sequitur gestaltete die Noxalobligation nothwendig zu einer alternativen, doch so, dass die Verpflichtung zur noxae deditio im Vordergrund stand und ihr gegenüber die Verpflichtung zum litis aestimationem sufferre mehr als eine Berechtigung denn als eine Verpflichtung erschien. Später freilich kehrte sich dieses Verhältniss geradezu um; demzufolge ging das Urtheil kategorisch auf das litis aestimationem sufferre allein[80]), und es war nur ein Recht des noxal verhafteten pater fam., das Urtheil selbst bez. die Wirkung des bereits ergangenen Urtheils durch noxae deditio des Schuldigen von sich abzuwenden. — Mit der Entstehung der Noxalobligation gewann auch die Unterlassung der defensio des pater fam. eine andere Bedeutung wie früher. Das defendere selbst bestand nach wie vor, wenn wir von der Bestreitung des begangenen Delictes absehen, im litis aestimationem sufferre[81]); unter den Begriff des non defendere fällt aber nicht nur die confessio in jure, welche (im letzten Grunde) zu einer pecuniären Verurtheilung führt, sondern auch die noxae deditio[82]). Das letzte Glied der Entwicklungskette des Noxalrechtes bildet die aus der dinglichen Verhaftung des Hauskindes entstandene eigene Delictsobligation desselben[83]), und Ulpian construirt in L. 14 D. 44,7 auch eine eigene Delictsobligation des Sklaven[84]).

Ich will schliesslich noch bemerken, dass sich auf das alte Einlösungsrecht, bez. auf die secundäre Einlösungspflicht des pater fam. und nur hierauf der alte Ausdruck: pro fure

---

[79]) Labeo I S. 171.

[80]) Die Belege s. bei Voigt XII Tafeln II § 142 N. 14.

[81]) Eine solche Defensionspflicht wird auch im classischen Rechte nicht statuirt: L. 33 D. 9, 4.

[82]) arg. z. B. Gajus in L. 29 D. 9, 4 und Pomponius in L. 33 ibid.

[83]) L. 33—35 D. 9, 4.

[84]) s. darüber Voigt XII Tafeln II § 142.

damnum decidere bezieht. Savigny[85]) und Keller[86]) sind der Ansicht, dass der Ausdruck und insbesondere auch die Worte pro fure, auf die es mir allein ankommt, der intentio der actio furti nec manifesti[87]) überhaupt angehören, also nicht nur der noxalen, sondern auch der gegen einen gewaltfreien Dieb gerichteten. Allein das Letztere kann nicht richtig sein: pro fure heisst an Stelle des Diebes, zu seinen Gunsten oder dgl.; pro fure damnum decidere kann daher nur ein Anderer als der Dieb, der gewaltfreie Dieb wird aber belangt auf Begleichung des Schadens für sich selbst[88]). Voigt sodann (N. 88) meint, der Ausdruck sei technisch bei der (von ihm aufgestellten) actio furti ope consilio facti, und nur bei ihr; er bedeute: gleichwie der Dieb, der Thäter haften; wenn Ulpian in L. 46 § 5 D. 47, 2 den Ausdruck in noxaler Beziehung verwende, so geschähe dies untechnisch, und darnach nimmt auch Voigt[89]) die Worte pro fure in die intentio der noxalen actio furti nicht auf. Allein wenn auch der Ausdruck pro fure an sich die von Voigt angenommene Bedeutung: gleichwie der Dieb haben könnte, so ist doch nicht glaubhaft, dass der Ausdruck das eine Mal in diesem Sinne, das andere Mal in jenem obigen Sinne, welchen ich meinerseits nachher als den technischen nachweisen werde, in derselben Wendung: pro fure damnum decidere gebraucht worden sei. Ueberdies, wenn der Gehilfe gleichwie der Dieb haftet, so ist er rechtlich fur und ist gegen ihn die intentio der gewöhnlichen actio furti angebracht; ebenso ist auch der Nichtdieb, bei welchem die gestohlene Sache zufolge einer Haussuchung gefunden ist, fur manifestus nach den XII Tafeln. Mag daher auch in der demonstratio die besondere Art des furtum, also z. B. als furtum conceptum oder ope consilio factum, bezeichnet und gekennzeichnet worden sein, so fehlte doch der intentio solche hier nicht bloss überflüssige, sondern sogar ungehörige Bezugnahme auf den bereits angegebenen individuellen Thatbestand

---

[85]) System V S. 569 ff.

[86]) Röm. Civilpr. § 15 N. 219, 220.

[87]) natürlich der späteren Zeit, in welcher sie nicht mehr vindicatio in servitutem, sondern eine wahre Delictsobligationsklage war.

[88]) XII Tafeln II § 136 N. 8.

[89]) XII Tafeln II § 144 N. 13.

gewiss: sie enthielt nichts als das petitum, und dieses ging in allen Fällen auf das damnum decidere (duplione, triplo) schlechthin. Einen Beweis zudem für die behauptete intentio der actio furti ope consilio facti, deren Existenz ich im Uebrigen wegen der nothwendig individuellen demonstratio anerkenne[90]), hat Voigt m. E. nicht erbracht; denn die Beispiele, welche er für diese actio aus Plautus und den Juristen beibringt[91]), ergeben nichts für die Conception der Formel, insbesondere nichts dafür, dass die Worte pro fure in der intentio standen, vielmehr beweisen sie meine obige Behauptung, dass die intentio die gewöhnliche der actio furti war: es heisst fast überall geradezu: furti tenetur, agendum est. Die einzige Stelle, auf welche Voigt[92]) auch nur entscheidendes Gewicht legt, weil nach ihr in der That die Formel unserer actio die Worte pro fure enthält, ist Gajus IV, 37 (vgl. 45); allein nach Studemunds richtiger Ergänzung handelt es sich hier nicht sowohl um die Formel der actio furti ope consilio facti, als vielmehr um die Formel der noxalen actio furti, gleichviel im Uebrigen, ob der familiaris der Thäter oder der Gehilfe ist. Damit aber haben wir den richtigen Gesichtspunkt gewonnen: aus dieser Gajusstelle ergiebt sich mit Sicherheit, dass der fragliche Ausdruck der noxalen actio furti und nur dieser angehört. Damit würde auch die oben angeführte Stelle des Ulpian, L. 46 § 5 D. 47, 2, übereinstimmen, wenn sie nur mit einem Worte andeutete, dass sie ein Noxalverhältniss zum Gegenstand hat, wie es Voigt ohne Weiteres annimmt; denn hier ist der Ausdruck pro fure damnum decidere nicht vom Herrn des Sklaven, welcher einen Diebstahl begangen hat, sondern vom Herrn des gestohlenen Sklaven, nicht vom noxal verhafteten, sondern vom noxal berechtigten Herrn gebraucht[93]). Aber trotzdem halte ich die Voigtsche Annahme für richtig, wenn uns auch äussere Anhaltspunkte fehlen; dann aber sehe ich nicht ein, warum wir nicht auch zwei andere Stellen, welche unsern Ausdruck aufweisen, ohne ein Noxalverhältniss ersichtlich zu machen, auf die actio furti

[90]) trotz Cohn Beiträge I, 2, S. 1 ff.
[91]) XII Tafeln II § 140 zu N. 13.
[92]) a. a. O. N. 12.
[93]) so schon Savigny a. a. O. N. h.

noxalis beziehen sollen: L. 7 pr. D. 13, 1, welche so allgemein gehalten ist, dass sich nichts über unsere Frage ermitteln lässt, und L. 9 § 2 D. 4, 4, in welcher nur ein Beispiel angeführt wird, das dahin verstanden werden kann, dass ein minderjähriger Herr für seinen Sklaven, welcher einen Diebstahl verübt hat, pro fure damnum decidere nicht wollte. Jedenfalls erscheint mir diese Auffassung besser, als die auch von Voigt gebilligte Aenderung Haloanders, welcher gegen alle Handschriften für: pro fure lesen will: pro furto. Diese Aenderung würde also nur auf einem Missverständnisse unseres Ausdruckes beruhen; sie würde auch dann noch zu verwerfen sein, wenn wirklich im classischen Rechte die intentio der actio furti allgemein auf: pro fure damnum decidere gelautet hätte; denn ich würde darin nur einen falschen, wenn auch eingebürgerten Gebrauch dieser Wendung erblicken. Geht aber nach meiner Annahme die intentio der actio furti noxalis auf pro fure damnum decidere, so setze ich mich damit nicht in Widerspruch mit dem, was ich oben über den Inhalt der intentio gesagt habe. Denn hier enthalten die Worte pro fure kein Thatbestandsmoment, sondern gehören in der That zum petitum, weil es eine Besonderheit ist, dass Jemand für einen Andern zum Schadenersatze verpflichtet ist, weil das Gesetz dem pater fam. die Verpflichtung zum pro fure damnum decidere auferlegt[94]) und die intentio sich an die Gesetzesworte, an den Tenor des Gesetzes anschliesst. Aus einer demonstratio, dass Maevius gestohlen hat, rechtfertigt sich nicht eine intentio, dass Titius damnum decidere müsse, wohl aber gewinnt die intentio Sinn, dass Titius pro fure damnum decidere müsse; darin liegt die Noxalverpflichtung deutlich ausgesprochen. — Uebrigens konnte auch für den gewaltfreien Dieb ein Anderer damnum decidiren, nämlich der depensor; aber in diesem Falle ist natürlich von einer actio mit der angegebenen intentio keine Rede.

---

[94]) Diesen Ausdruck werden wir in tab. XII, 2 aufzunehmen haben.

Druckfehler- und sonstige Berichtigungen.

Seite 3 Zeile 6 von oben lies: der cap. statt: die cap.
„ 3 „ 11 „ unten „ der statt: die.
„ 6 „ 2 „ oben „ Gewährsmann statt: Anhänger.
„ 6 „ 4 „ unten „ Labeo I statt: Labes.
„ 9 „ 2 „ oben ist hinter: „gelangt sein“ hinzuzufügen: ein Beispiel dessen in den Pandecten ist mir nicht bekannt; L. 40 § 1 D. 4, 6, welche man dafür halten könnte, handelt nicht von der deportatio, sondern von der relegatio in insulam — es heisst nur: in insula aliquis fuit ex poena ei irrogata —, und mit der letzteren konnte allerdings, sofern sie lebenslänglich war, auch eine theilweise Vermögensconfiscation verbunden sein; dass aber in L. 40 § 1 cit. die relegatio eine lebenslängliche war, ist aus der restitutionis impetratio wohl zu schliessen.
Seite 9 Zeile 16 von oben lies: proponirten statt: Voigt'schen.
„ 15 „ 5 „ „ ist das Wort: sich zu tilgen.
„ 26 oben. Zu meiner hier aufgestellten Meinung, dass die moderne Theorie vom annuum legatum erst von Sabinus herrühre, dass er wenigstens der erste uns bekannte Vertreter derselben sei, habe ich noch Folgendes nachzutragen. Das annuum legatum wird zwar auch von früheren Juristen, als Sabinus, erwähnt, nämlich von Trebatius in L. 17 pr. D. 33, 1 und von Labeo ibid. und in L. 41 D. 33, 2 (auch von Mela, den ich aber im Gegensatze zu Karlowa Röm. Rechtsgesch. I S. 685 eher nach Labeo setzen möchte, in L. 14 D. 33, 1); aber alle diese Stellen geben darüber keinen Aufschluss, welches die Theorie der genannten Juristen vom annuum legatum gewesen wäre. Nun aber findet sich doch eine Stelle, in welcher Labeo zusammen mit Sabinus und Späteren ganz offenbar als ein Vertreter der neueren Theorie hingestellt wird: L. 12 § 1 D. 36, 2, und sie würde daher meine obige Meinung umstossen, wenn sie nicht critisch verdächtig wäre. Und zwar handelt es sich m. E. nicht bloss darum, ob zwischen Labeo und Sabinus ein et nach schlechteren Handschriften einzuschieben oder nach besseren wegzulassen u. dgl. ist, sondern darum, ob der Name Labeos hier am rechten Orte steht. Ich will mich nicht in müssigen Vermuthungen ergehen, wie er hineingekommen ist, sondern lieber aus einer andern Stelle zeigen, dass Labeos Auffassung vom annuum legatum doch nicht die sich aus L. 12 § 1 cit. ergebende war. Nach L. 17 pr. D. 33, 1 nämlich scheint es

zwar so, als ob Labeo in Uebereinstimmung mit Trebatius ein Legat, welches offenbar als ein periodisches vom Testator gewollt und als solches nur Sinn hat, doch für ein einfaches gelten lassen wolle; allein ich glaube, der Kernpunkt der Frage liegt tiefer. Dass das fragliche Legat ein jährliches sei, haben m. E: auch Trebatius und Labeo erkannt und angenommen, aber sie haben eben gemeint: praesens legatum deberi, d. h. dass das Legat nur einen dies cedens habe; damit geben sie sich aber noch als Anhänger der älteren Theorie, wie ich sie oben S. 26 dargestellt habe, zu erkennen. Aus L. 41 D. 33, 2 sodann lässt sich zwar nicht das gleiche Ergebniss gewinnen, aber interessant ist auch die hier mitgetheilte Entscheidung Labeos. Das Legat: fructus annuos fundi Corneliani do lego legt er als ein annuum legatum usus fructus aus, mit der Begründung, dass dies als muthmassliche Absicht des Testators gelten müsse, und doch scheint mir das Umgekehrte das Wahrscheinliche zu sein, dass der Testator absichtlich ein legatum gerade usus fructus zu constituiren vermieden hatte, weil er die besonderen civilrechtlichen Grundsätze desselben, insbesondere den vom Untergange des vermachten Niessbrauches durch cap. dem. ausgeschlossen wissen wollte (vgl. das oben S. 28 ff. über die habitatio und operae servorum Gesagte). Lag die Sache wirklich so, dann trifft das, was ich oben S. 27 von der nachsabinianischen Wissenschaft ausgeführt habe, zum Mindesten auch für Labeo zu, dass man nämlich die wahre Natur des annuum legatum gerade in annuum legatum usus fructus übersah; freilich hat Labeo nach meiner Meinung die Natur des annuum legatum überhaupt noch nicht erkannt gehabt. Aus der Betonung, mit welcher Paulus in L. 4 D. 33, 1 von der von Sabinus entwickelten Theorie sagt: cujus sententia vera est, schliesse ich nicht nur, dass Andere anders vom annuum legatum dachten, sondern auch, dass Sabinus zuerst oder doch unter den Ersten jene Theorie aufgestellt, bez. vertreten hat. Denn dass die ganze Lehre vom annuum legatum noch in der Kaiserzeit erst in der Ausbildung begriffen war, geht theils aus dem oben S. 26, 27 Gesagten hervor, theils weisen darauf noch andere Spuren hin, z. B. die Streitfrage in L. 12 § 1 D. 36, 2; vgl. auch zu L. 10 D. 4, 5 Savigny System II § 72 N. i.

Seite 35 Zeile 9 von unten lies: Labeo I statt bloss: Labeo.

„ 38 ist N. 6 zu tilgen und dafür Folgendes zu setzen. Gajus hat, wenn wir nach dem Studemund'schen Apographus gehen, ausser der Form minutio die Form dim. in I, 158-163, III, 51, 101, 114, 153, die Form dem. in III, 21, 27, 83, IV, 38, beide nebeneinander in III, 84 (in I, 170 und II, 145 und in einigen der genannten Stellen, in denen mehrere Male der Ausdruck cap. dem. vorkommt, ist er in k. d. abgekürzt). Huschke in seiner Gajus-Ausgabe folgt im Ganzen der Handschrift, Studemund dagegen liest durchweg

dem. — Ulpian in seinen regulae hat ausser minutio (XI, 7, 10. XXVII, 5, XXVIII, 9) nach Huschke, welcher auch hier der Handschrift zu folgen scheint, nur die Form dim. (XI, 9, 11—13. XXIII, 4, XXVIII, 9), während Studemund auch hier, wie bei Gajus, stets dem. setzt; auch in den frag. Vat. 61—64 scheint Ulpian (nach Huschke) nur dim. neben minutio zu haben. — Paulus endlich in den sententiae (III, 6, 28, 29) hat nur minutio.

Seite 40 Zeile 3 und 4 von oben lies: diminuere statt: deminuere.
„ 42 „ 11 von unten lies: vertretende statt: vertretene.
„ 44 „ 4 „ oben ist hinter Folter einzuschieben: gegen cives.
„ 75 „ 5 „ unten lies: 3, 1 statt: 311.
„ 110 „ 16 „ „ ist hinter: hing einzuschieben: der.
„ 113 „ 16 „ „ lies: bracht statt: braucht.
„ 121 „ 5 „ oben lies: auch statt: nach.
„ 145 „ 12 „ unten ist hinter: Tradenten einzuschieben: vor Zeugen.
„ 165 „ 1 „ „ lies: 22. 24 ff. statt: 20.
„ 194 „ 9 „ oben lies: obfuturum statt: abfuturum.
„ 206 „ 3 „ unten lies: edict. perp. S. 54 N. 4 statt: a. a. O. S. 53
„ 215 „ 17 „ „ ist hinter: sacr. hinzuzufügen: Gajus IV. 13 nennt sie also unrichtig: sacramenti actio.

Seite 247 Zeile 14 von oben lies: VI, 30 statt: IV, 59.
„ 252 „ 16 „ „ „ VI statt: IV.
„ 305 „ 1 „ „ „ δομενον statt: δομενος.
„ 325 „ 3 „ unten lies: L. 6 § 1 D. 42, 2 statt: L. 6 D. 42, 1.
„ 343 „ 15 „ oben „ die statt: den.
„ 345 „ 14 „ unten „ IV statt: III.
„ 352 „ 18 „ oben „ expiiren statt: expiriren.
„ 361 „ 7 „ unten „ S. 8 N. 1 statt: S. 18 N. 3.
„ 379 „ 8 „ oben „ referre statt: refenre.

Th. Schatzky, Buch- und Steindruckerei, Breslau.





